This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Lc 40.25/.5

Harvard College Library

FROM THE

SALISBURY FUND

Given in 1858 by Stephen Salisbury, of Worcester, Mass. (Class of 1817), for "the purchase of books in the Greek and Latin languages, and books in other languages illustrating Greek and Latin books."

ALPHONSE
PICARD & FILS
ÉDITEURS

ÉTUDE SUR LE PLAIDOYER DE CICÉRON

PRO ROSCIO COMOEDO

ET LA

CONDICTIO CERTAE PECUNIAE

PAR

Henri GARRELON

DOCTEUR EN DROIT

BORDEAUX

Ve CADORET, IMPRIMEUR-ÉDITEUR

17 — RUE MONTMÉJAN — 17

—

1891

ÉTUDE SUR LE PLAIDOYER DE CICÉRON

PRO ROSCIO COMOEDO

ET LA

CONDICTIO CERTAE PECUNIAE

PAR

Henri GARRELON

DOCTEUR EN DROIT

BORDEAUX

Ve CADORET, IMPRIMEUR-ÉDITEUR

17 — RUE MONTMÉJAN — 17

1891

Lc 40,25/.5

HARVARD COLLEGE
DEC 15 1910
LIBRARY
Salisbury fund

15,494. — Bordeaux, Ve Cadoret, impr., rue Montméjan. 17

TABLE DES MATIÈRES

Pages.

Introduction. IX

Première partie. — Etude externe du Pro Roscio. 1

CHAPITRE I. Etudes diverses sur le Pro Roscio . . . 1

CHAPITRE II. Date du discours de Cicéron. 11

Deuxième partie. — Etude interne du Pro Roscio d'après les circonstances de la cause. 19

Troisième partie. — Etude interne du Pro Roscio au point de vue juridique 49

CHAPITRE I. La *Condictio certae pecuniae* 49

Section I. Notion générale de la *condictio* 50

§ 1. Théorie commune sur la *condictio* ou de Savigny. 53

§ 2. Véritable théorie de la *condictio* 62

Section II. De la *condictio certae pecuniae* ou *generalis*. 107

CHAPITRE II. Etude de la *condictio certae pecuniae* exercée par Fannius 135

§ 1. De l'*expensilatio* invoquée par Fannius 145

§ 2. De la société alléguée par Fannius. 171

BIBLIOGRAPHIE

ACCARIAS. — Précis de droit romain, t. I, 4e éd., Paris, 1888; t. II, 3e éd.; Paris, 1882.

BAITER et HALM. — Ciceronis opera. Orationes; Zurich, 1854-1856, 2 vol. (Voy. Orelli).

BARON. — Abhandlungen aus dem Römischen Civilprocess, t. 1, Die Condictionen; Berlin, 1881.

BENECH. — Etudes sur les classiques latins appliquées au droit civil romain; Paris, 1853, 1 vol.

BEKKER. — Die Aktionen, des Römischen Privatrechts; Berlin, 1871-1873 2 vol.

BERGER et CUCHEVAL. — Histoire de l'éloquence latine depuis l'origine de Rome jusqu'à Cicéron; 2e éd.; Paris, 1881, 2 vol.

BETHMANN-HOLLWEG. — Der Civilprocess des Gemeinen Rechts in Geschichtlicher Entwicklung; Bonn, 1864-1874, 6 vol.

BOISSIER (Gaston), Cicéron et ses amis, 3e éd.; Paris, 1874, 1 vol.

BONJEAN. — Traité des actions, 2e éd.; Paris, 1845, 2 vol.

BOUCHÉ-LECLERQ. — Manuel des Institutions romaines; Paris, 1886, 1 vol.

BRINZ. — Lehrbuch der Pandekten, 2e éd.; Erlangen, 1873-1882, 3 vol.

CAQUERAY (de). — Explication des passages de droit privé contenus dans les œuvres de Cicéron; Paris, 1857, 1 vol.

DAREMBERG et SAGLIO. — Dictionnaire des antiquités grecques et romaines, t. I, 2e éd.; Paris, 1875, t. II, Paris, 1887.

DECLAREUIL. — Du compromis en droit romain et en droit français, thèse; Paris, 1887, 1 vol.

ERNESTI. — Clavis Ciceroniana, 6e éd.; Halle, 1831, 1 vol.

FRAGUIER. — Vie de l'acteur Q. Roscius, dans les mémoires de l'Académie des inscriptions; IV, pp. 437 et suiv.

GLUCK, MUHLENBRUCH, FEIN, etc. — Ausfuhrliche Erlauterung der Pandekten; Erlangen, 1797-1889, 49 vol.

HANEDOES. — Dissertatio litterario-juridica inauguralis de M. Tullii Ciceronis Pro Q. Roscio comoedo oratione; Leyde 1844, 1 vol.

HAURIOU. — Etude sur la *condictio* en droit romain; des contrats à titre onéreux entre époux en droit français; thèse, Bordeaux, 1879, 1 vol.

HEIMBACH. — Basilicorum libri LX; Leipzig, 1833-1870, 6 vol.

HOTMAN. — Opera juridica, 1599-1600, 3 vol.

IHERING. — L'esprit du droit romain dans ses développements successifs. Trad., de Meulenaere sur la 3e éd., allemande; Paris, 1877, 4 vol.

KARLOWA. — Der Römische Civilprocess, zur Zeit der Legisactionen; Berlin, 1872, 1 vol.

KELLER. — Der Romische Civilprocess und die Actionen, 15e éd.; Leipzig, 1877, 1 vol.

KUNTZE. — Cursus des Römischen Rechts, 2e éd.; Leipzig, 1879, 1 vol.

LENEL. — Palingenesia juris civilis; Leipzig, 1889, 1 vol.

MAYNZ. — Cours de droit romain, 4e éd.; Bruxelles, 1876, 3 vol.

MOMMSEN. — Histoire romaine (trad. Alexandre); Paris, 1863-1872, 8 vol.—
» Inscriptiones latinae antiquissimae; Berlin, 1863, 1 vol.

MULLER (C. F. W.) — M. Tullii Ciceronis orationes pro P. Quinctio, pro Sex. Roscio Amerino, pro Q. Roscio comoedo; Leipzig, 1885, 1 vol.

MUNCHEN. — M. Tullii Ciceronis pro Q. Roscio comoedo oratio juridice exposita; Cologne, 1829, 1 vol.

ORELLI et BAITER. — Ciceronis opera, Onomasticon Tullianum; Zurich, 1836-1838, 3 vol.

ORELLI et BAITER. — Ciceronis opera, Rhetorica; Zurich, 1845, 1 vol.
» — Ciceronis opera, Epistolae; Zurich, 1845, 2 vol.

PADELETTI et COGLIOLO. — Storia del diritto romano, 2e éd.; Florence, 1886, 1 vol.

PERNICE. — Marcus Antistius Labeo, das Römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaizerzeit; Halle, 1878, 2 vol.

POTHIER. — Pandectae Justinianeae (avec traduction de Bréard-Neuville); Paris, 1818-1823, 24 vol.

PUCHTA. — Kleine Civilitische Schriften; Leipzig, 1851, 1 vol.
» Cursus der Institutionen, 8e éd.; Leipzig, 1875, 2 vol.

REINACH (Salomon). — Manuel de Philologie classique, 2e éd.; Paris, 1883, 2 vol.

ROVERS. — Commentatio juridica in M. Tullii Ciceronis orationem pro Q. Roscio comoedo; Utrecht, 1826, 1 vol.

RUDORFF. — Edicti perpetui quae reliquae sunt; Leipzig, 1869, 1 vol.

SAVIGNY. — Traité de droit romain (traduction Guénoux); Paris, 1842-1852, 8 vol.

SCHMIDT (Ch. Ad.). — M. Tullii Ciceronis pro Q. Roscio comoedo oratio illustrata; Iéna, 1839.

SOHM. — Institutionen des Römischen Rechtes, 3e éd.; Leipzig, 1888, 1 vol.

TEUFFEL. — Histoire de la littérature romaine (traduction sur la 3e éd. allemande de Bonnard et Pierson); Paris, 1879, 3 vol.

UNTERHOLZNER. — Ueber die Rede des Cicero für den Schauspieler Q. Roscius; Savigny's Zeitschrift, I, pp. 248 et suiv.

VOIGT. — Ueber die Bankiers, die Buchführung und die Litteralobligation der Römer ; Leipzig, 1887, 1 vol.

» Ueber die Condictiones ob causam und ueber Causa und Titulus im allgemeinen ; Leipzig. 1862, 1 vol.

» Das jus naturale, aequum et bonum et jus gentium der Römer.

WALTER. — Histoire de la procédure civile chez les Romains (traduction de Laboulaye) ; Paris, 1841, 1 vol.

ZIMMERN. — Traité des actions ou théorie de la procédure privée chez les Romains (traduction d'Etienne) ; Paris, 1843, 1 vol.

ÉTUDE SUR LE PLAIDOYER DE CICÉRON

PRO ROSCIO COMOEDO

ET LA CONDICTIO CERTAE PECUNIAE

INTRODUCTION

Le sujet de cette étude est emprunté aux œuvres de Cicéron. Pour la commune croyance, cet esprit presque universel résume les qualités les plus brillantes de l'orateur, de l'écrivain, du philosophe, mais non les mérites solides du jurisconsulte. On se plaît en général à ne voir en lui qu'un grand nom dans les lettres latines, et l'on ne semble point soupçonner l'importance de ses écrits pour reconstituer le droit de son époque. Aisément on défendrait ses œuvres au romaniste et cependant combien d'entre elles sont inspirées par de pures questions juridiques. Tel est le discours prononcé pour la défense du comédien Quintus Roscius; la part des lettres y est bien médiocre; tout y est consacré à une discussion de barreau sèche et serrée (1). Le commenter nous paraît encore s'associer aux recherches sur l'histoire générale du droit, et tel est le but de cette étude.

---

(1) On n'y peut guère citer qu'un passage un peu oratoire qui tranche sur l'ensemble de la dissertation purement juridique. C'est le portrait tracé avec verve de Fannius Chaerea, dans les §§ 20 et suiv.

Le profit qu'offrent aux romanistes les études sur la littérature latine a été depuis longtemps aperçu. Dès la Renaissance, on avait abandonné les errements des vieilles écoles. Soit ignorance, soit dédain, Bartolistes et Glossateurs n'avaient cessé de prendre, pour base unique de leurs travaux, les textes juridiques, sans éclairer leur obscurité ou combler leurs lacunes par des documents étrangers. Les Alciat, les Cujas, les Doneau, saisis dans le mouvement passionné qui entraîna le XVIe siècle vers l'antiquité, surent joindre à une intelligence aussi profonde des textes une érudition étendue. Leurs travaux renouvelèrent la science du droit romain, lui donnèrent un nouvel essor, et leur école mérita ce surnon consacré par la postérité « d'école élégante ». Tout cela ils le durent à leurs études de la vie antique fouillée dans toutes ses productions, dans les lettres, dans les arts, dans le droit.

On ne peut, en effet, saisir l'esprit du droit romain que grâce à une connaissance de la société où il se développa. « Une des difficultés qui se rencontrent dans l'étude du droit romain, dit l'Italien Padeletti, consiste dans la différence fondamentale entre la vie journalière de la société antique et de celle où nous vivons. Le droit n'est que l'organisation de certains rapports sociaux donnés; on pénètrerait mal son esprit, si l'on ne s'efforçait de placer sous les yeux de l'intelligence une image complète, vive, exacte, de la société dans laquelle ce droit eut son origine et se développa. Aussi les études de la société romaine en général, très en faveur dans notre siècle, se rapprochent-elles sans cesse d'une intelligence plus large et plus précise des institutions mêmes du droit romain privé » (1).

La littérature latine a une part considérable dans cette évocation de la société romaine. Elle est en général l'expression la plus fidèle des idées et des mœurs; elle en marque

(1) Padeletti, *Archivio giuridico*, IV, p. 612.

les étapes : les historiens, les philosophes sont des esprits curieux, attentifs à la croissance morale de leur patrie, la constatant dans leurs écrits, encourageant ou critiquant des tendances; les poètes cherchent à plaire, donnent la note du goût du jour et dévoilent le côté artistique de l'intelligence; mais les comiques surtout, transportant sur la scène la vie journalière de la cité, s'emparant de tout, de la philosophie, de la religion, du droit, des menus détails de l'existence, achèvent de nous faire pénétrer dans ces sociétés disparues et de les surprendre en pleine activité de mouvement et de pensée.

Du reste à côté de cet avantage, un peu indirect pour l'étude du droit, la littérature latine en offre un second plus précieux. Les écrivains latins offrent en assez grande abondance des passages relatifs au droit privé et au droit public et complètent les documents purement juridiques, les redressent ou comblent les lacunes qu'ils présentent. Cela ne saurait nous étonner; les écrivains latins connaissaient généralement le droit de leurs cités. Assurément ce n'étaient point des jurisconsultes au sens strict du mot, mais ils étaient tant soit peu frottés de science juridique. Il leur eût été même difficile d'échapper à cette tendance, générale à Rome, de considérer la connaissance du droit comme la plus utile et de ne s'y point adonner. La vie oisive, faite par l'esclavage aux citoyens de Rome, les amenait sans cesse au Forum entendre la voix des orateurs; le barreau était la tribune de début pour les ambitieux politiques, le droit le moyen de parvenir aux charges publiques, à l'édilité, à la préture, au consulat, etc.; qu'on joigne à cela l'esprit naturel de chicane des Romains et l'on ne sera point surpris si les enfants, dès leur jeune âge, apprenaient par cœur la loi des XII Tables, si les écrivains se plaisent à montrer parfois qu'ils ne sont point étrangers eux aussi à cette science si honorée (1).

---

(1) « Les Romains, dit Dircksen, sont le peuple jurisconsulte par excel-

Pour la reconstituer aujourd'hui ce n'est point seulement aux jurisconsultes, aux Ulpien, aux Gaius qu'il faut s'adresser, ni aux érudits, aux Varron, aux Aulu-Gelle, aux Festus, mais encore aux philosophes, aux historiens, aux orateurs, Sénèque, Tite-Live, Denys d'Halicarnasse, Pline, Quintilien, Cicéron; le romaniste trouve même parfois un document précieux entre deux vers d'Horace ou d'Ovide.

Pour les premiers siècles de Rome, ces écrivains littéraires sont, avec les commentaires de Gaius, la principale source où puise la science du droit romain. Ces époques d'obscurité nous ont laissé peu de monuments juridiques. Il faut recourir aux révélations des littérateurs. A l'origine, on se borne à graver sur l'airain quelques lois fondamentales; il n'y a point de commentateurs; les principes du droit sont gardés jalousement comme des privilèges mystérieux par les pontifes. Plus tard les jurisconsultes apparaissent, ils apportent des traités de droit, divulguent les secrets, mais la valeur de ces traités ne dépasse point les besoins immédiats de la vie procédurière au Forum; ils ne sont point animés de cet esprit philosophique et supérieur qui cherche dans le droit naturel les sources des règles positives et qui survit aux sociétés. Ils n'offrent point de sujet aux méditations, disparaissent quand leur utilité s'efface, quand la loi change; de tant de jurisconsultes célèbres et honorés à leur époque, les noms à peine se transmettent

---

lence. Ils n'avaient pas encore de prose littéraire, que déjà les décemvirs trouvaient, pour les XII Tables, le secret d'une langue ferme et sobre où les idées et les mots se détachent en pleine lumière comme les figures d'un relief. Plus tard, quand une décadence précoce eut tout envahi, littérature, philosophie et art, la jurisprudence resta comme le dernier indice de l'activité du génie romain, retrouvant, après avoir imité la Grèce, sa direction particulière; tant est grande la corrélation de la forme et du fond, que lorsque toute la littérature latine parle jargon les jurisconsultes s'expriment encore dans une langue forte, simple et majestueuse » (Manuale latinitatis juris civilis, 1837-1839.

dans les écoles de Rome et de Constantinople. Les écrits des littérateurs offraient plus d'intérêt; ils contenaient de curieuses révélations sur les mœurs passées, sur l'origine des grandes familles praticiennes, sur les mémorables des ancêtres ou bien d'originales productions de l'esprit; ils ont survécu avec moins de peine.

Parmi ces anciennes périodes du droit romain, une, plus que toute autre, attire l'attention. L'époque de Cicéron et de César, la fin de la République; c'est l'époque où la fusion entre Rome, la Grèce et les nations conquises devient plus intime. Le midi de l'Europe et le nord de l'Afrique se romanisent; avec les limites de la République le droit romain s'étend; mais il absorbe les éléments divers des législations étrangères; il s'élargit dans ses conceptions; la philosophie le renouvelle, l'épure, l'élève; de nouveaux principes s'introduisent, et le droit positif lui-même n'échappe point à une évolution qui se manifeste jusque dans les détails de la procédure; de grands jurisconsultes de cette époque annoncent par leurs écrits les prudents des siècles classiques. Mais malgré leur mérite et leur célébrité, malgré le crédit dont jouirent auprès de leurs successeurs les Scaevola, les P. Rutilius Rufus, les Servius Sulpicius Rufus, les Ofilius, les Alfenus Varus, les Trebatius Testa, leurs œuvres tombèrent peu à peu dans l'oubli; inspirées par un droit de transition, elles ne lui survécurent point. Sur cette période si intéressante, les textes de droit nous réduiraient le plus souvent à de vaines conjectures, si nous n'avions gardé Plaute, Cicéron, Sénèque, Tite-Live, etc. Leurs œuvres, protégées par la beauté de la forme et la vigueur de la pensée, ont résisté au temps, traversé les époques barbares et nous ont conservé quelques précieux vestiges du droit disparu.

Le plus important est Cicéron. Il doit inspirer confiance au romaniste. Il représente bien les idées avancées des esprits de son temps, qui s'élevaient au nom de la philosophie et du droit

naturel contre un formalisme étroit, ridicule et suranné. Il était philosophe et jurisconsulte. Philosophe, il l'est au témoignage de ses nombreux ouvrages où est la marque sinon d'un penseur original, du moins d'un esprit merveilleux dans la vulgarisation. Jurisconsulte, il l'est aussi par son éducation, sa carrière d'avocat. Le philosophe, il est vrai, a fait tort chez lui au jurisconsulte; l'orateur brillant, élève de la rhétorique grecque, a éclipsé aux yeux de la postérité l'élève des Scaevola; l'artiste a fait oublier le savant; mais un coup d'œil jeté sur l'ensemble de ses œuvres détruit ce préjugé. Le droit y occupe une large place; on le trouve dans les Topiques, le Traité des lois, le Traité des devoirs, le De Republica, discuté dans ses rapports avec la morale. On le trouve surtout dans ses plaidoyers, et là, non plus à l'état de prescription abstraite, mais plein de vie, agité dans les discussions du Forum. L'importance de ces plaidoyers est considérable; la plupart sont relatifs à des institutions curieuses et peu connues par les textes des jurisconsultes. Nous citerons en particulier : le *Pro Quinctio;* il est relatif aux voies d'exécution contre les débiteurs, à la *manus injectio*, à la *bonorum venditio*, à la *sectio bonorum;* — le *Pro Caecina;* l'interdit *unde vi*, la *deductio quae moribus fit* y jouent un grand rôle; — le *Pro Tullio*, où il est traité de la loi Aquilia, de l'action *vi bonorum raptorum*, du *dolus malus* et de l'*injuria*. Aussi l'étude de Cicéron, jurisconsulte, a-t-elle, dès le XVIe siècle, tenté des romanistes et des érudits. Citons notamment HOTMAN, dans ses « *Commentarii in* XXV » *Ciceronis nobiliores orationes* ». SEB.-JAN. RAU, avec une « *disputatio juridica ad Tullii Ciceronis orationem pro Quinctio* » (Leyde, 1825). DE KELLER, dans son très estimé « *Semes-* » *trium ad M. Tullium Ciceronem* » (Zurich, 1842). DE CAQUERAY, dans son « *Explication historique des principaux passages* » *relatifs au droit privé, contenus dans les œuvres de Cicéron* » (Rennes, 1857). Enfin GASQUY, dans son « CICÉRON JURISCONSULTE » (Paris, 1886).

Le Pro Roscio se recommande à l'attention du romaniste par son caractère tout juridique. Il n'y a peut-être pas trois pages consacrées à un développement oratoire. On n'y trouve point, il est vrai, comme dans un traité de droit, une discussion théorique sur des principes; la discussion s'applique seulement aux faits : mais en tâchant d'établir des faits et de démontrer que, grâce à eux, son client doit, d'après le droit de Rome, triompher, Cicéron nous éclaire sur l'état de ce droit à son époque. Les points touchés par l'orateur romain sont assez nombreux; on relève dans son plaidoyer des renseignements précieux sur l'infamie, la société, le mandat *ad litem*, la transaction, etc. Mais l'intérêt principal s'y attache à la *condictio* et au contrat *litteris*. Fannius, le demandeur et l'adversaire de Roscius, avait choisi comme action la *condictio certae pecuniae;* pour appuyer sa demande, il invoquait une *expensilatio*, c'est-à-dire ce que les modernes appellent un *contrat litteris*. Ce sont peut-être les deux matières restées le plus obscures malgré les efforts des romanistes. Le Pro Roscio ne saurait être assez creusé et consciencieusement interprété pour servir de base à une étude sur ces deux institutions.

Le commentaire du Pro Roscio présente de grosses difficultés à raison de l'état dans lequel il nous est parvenu. Tout le commencement est perdu; le milieu présente d'assez nombreuses lacunes; la fin manque totalement. On divisait à Rome les plaidoyers en *Principium*, *Narratio*, *Divisio*, *Confirmatio*, *Confutatio*, *Conclusio*. D'après Lemaire, seules nous seraient parvenues la *Confirmatio* et la *Confutatio*, c'est-à-dire la sixième partie à peine du discours : cela est exagéré; le Pro Roscio représente environ les trois cinquièmes du *Pro Quinctio* et les deux cinquièmes du *Pro Sexto Roscio Amerino* qui nous sont parvenus intacts. C'était un plaidoyer civil, il ne devait pas avoir une ampleur considérable; de plus, les orateurs romains ne s'astreignaient point à suivre la division ordinaire

des discours, et en transposaient à leur gré les diverses parties. Une *narratio* se trouve dans les fragments conservés, incomplète, il est vrai. Le Pro Roscio nous apparaît comme divisé en deux parties et il n'est point invraisemblable de supposer qu'il y avait deux *narrationes*. Quoi qu'il en soit, ce discours nous est parvenu en fragments; les cinq manuscrits, celui de Munich, lu et étudié par Spengel à la bibliothèque électorale, celui de France, dont se servit Graevius, celui de Genève, étudié par Adert, et les deux de Florence, examinés par Mommsen, présentent des lacunes et surtout des contradictions qui rendent le commentateur très hésitant.

Pour cette étude, nous avons suivi le texte donné par Müller dans la *Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum* de Teubner (Leipzig, 1885). Cependant, dans certains passages, les leçons d'Orelli et de Baiter nous ont paru meilleures.

La plupart des citations tirées des ouvrages allemands se réfèrent en général aux éditions originales, alors même qu'une traduction française en aurait été publiée et serait passée entre nos mains. Ainsi, les renvois au Traité de droit romain de Savigny, désignent, sauf indication contraire, les passages correspondants de l'édition allemande. Les ouvrages que le commentateur du Pro Roscio comoedo est obligé de rappeler fréquemment, sont désignés par l'abréviation *opere citato*. Ainsi Baron, *op. cit.*, p. 120, désigne la page 120 du Traité de cet auteur sur les *condictiones*.

Pour les textes du *Corpus juris civilis*, suivant l'usage de beaucoup de romanistes, nous désignons par la simple lettre L les fragments du Digeste, et par C les constitutions et autres dispositions impériales du code.

PREMIÈRE PARTIE

Étude externe du « Pro Roscio ».

CHAPITRE PREMIER

ÉTUDES DIVERSES SUR LE PRO ROSCIO

XVIe siècle : Sylvius, Paul Manuce, Hotman, etc. — XVIIe siècle : Ménard, Passerat. — XVIIIe siècle : Ferrati, Déjardin. — XIXe siècle : Unterholzner, Rovers, Schmidt, Bethmann-Hollweg, Baron, etc.

Avant d'aborder l'étude du Pro Roscio comoedo, il nous paraît intéressant de rechercher les auteurs qui nous ont précédé dans cette voie. Leurs œuvres, aujourd'hui très rares, sont difficiles à consulter; il est juste que tout au moins nous en signalions l'existence.

La bibliographie du Pro Roscio comoedo n'est point considérable; si des discours de Cicéron tels que les Verrines, le Pro Milone, les Catilinaires furent un sujet d'étude à toutes les époques et comptent en grand nombre les éditions et les commentaires, il n'en est point de même du Pro Roscio comoedo. Il n'a point l'éclat et l'élégance des grands plaidoyers de l'orateur romain et seuls les jurisconsultes et quelques philologues n'ont

point dédaigné les fragments épars et obscurs qui nous en sont parvenus.

Au XVIe siècle, quatre érudits sont à peu près les seuls dont les travaux sur le Pro Roscio méritent quelque attention et les noms d'être rappelés : Sylvius, Paul Manuce, Hotman et Freigius.

Sylvius (Franc. Sylvius Ambianus) s'est le premier occupé de façon spéciale de notre discours; Orelli en signale une édition avec notes, sortie en 1532 des presses parisiennes de Badius Ascensius (1). Elle fut réimprimée deux fois, en 1544 chez le même, et en 1545 chez un autre éditeur parisien, célébrité de l'époque, Jean-Louis Tiletan.

Les notes de Sylvius faisaient partie des grandes éditions annotées qu'il consacra aux discours de Cicéron et qui parurent d'une façon complète à Bâle, en 1532. Estimées au XVIe siècle comme l'accusent leurs nombreuses réimpressions, elles n'offrent plus qu'un intérêt de curiosité pour les romanistes du XIXe siècle. Le mérite de Sylvius est d'avoir, le premier, tiré le Pro Roscio de l'oubli et de l'avoir soustrait à l'indifférence; nous n'aurons guère à nous en souvenir que pour rapporter son opinion sur la date de ce discours (2).

Il ne faut pas oublier non plus dans cette bibliographie Paul Manuce, de la célèbre famille des Alde. Sa grande édition

---

(1) Il est à remarquer que ce commentaire est fort rapproché de la première édition des œuvres complètes de Cicéron. Cette édition aujourd'hui très rare est, en effet, l'édition de Milan, donnée en 1498 par Alexandre Minutianus. Voy. notice sur l'édition princeps du recueil des œuvres de Cicéron et sur Alexandre Minutianus, auteur de cette édition, par l'abbé Aimé Guillon (bibliographie de la France, 1826, pp. 317-320, 331-336, 348-352 et Petit-Radel, *ibid.*, pp. 406-407. Rare).

(2) Ciceronis pro Q. Roscio comoedo fragmentum cum Franc. Sylvii Ambiani commentariis.— Parisiis, Ascensius, 1532. — *Ibid.*, 1544. — *Ibid.*, Io. Lodoicius Tiletanus, 1545. Voy. Orelli et Baiter, t. I, Onomasticon, p. 273.

vénitienne des œuvres complètes de Cicéron (1540-1546) renfermait le Pro Roscio comoedo parmi les *orationes* qui parurent les premières en 1540 accompagnées de notes.

La réputation de ces commentaires a été considérable et les successeurs de Manuce n'ont pu les négliger. Cependant, aujourd'hui, leur valeur a bien décru; München (1829) les eut entre les mains et avoue qu'il y a trouvé des erreurs dans le récit des faits et que ce sont à peine de simples annotations à l'usage des écoles (1).

Il n'en est pas de même de ceux auxquels Hotman prête le prestige de son grand nom d'érudit et de jurisconsulte. Le temps n'en a point diminué le mérite; Keller ne dédaigna pas de les mettre largement à contribution; Orelli les classe au rang des œuvres critiques d'une valeur incontestable; Ernest Grégoire n'hésite point à déclarer que ce fut « un premier et déjà excellent essai de l'emploi du droit romain pour l'explication des plaidoyers de Cicéron ». Cicéron rencontrait, pour la première fois, en Hotman un interprète capable d'apprécier l'œuvre d'un jurisconsulte romain. La science juridique d'Hotman, jointe à son érudition profonde, font de ces commentaires une des études les plus sérieuses sur Cicéron jurisconsulte. Ils portent sur plusieurs plaidoyers : treize parurent en 1554, chez Robert Etienne; le Pro Roscio est du nombre; l'ouvrage complet fut édité seulement en 1594 à Bâle; il comprend vingt-cinq plaidoyers sous ce titre : « Commentarii in XXV Ciceronis » nobiliores orationes, eas maxime quae questionem aliquam » juris civilis insignem continent, una cum notis ad Asconium » Pedianum ». L'édition de 1554 renfermait le texte du Pro

(1) « Paulli Manutii etiam commentarius in Ciceronis orationes, cujus praeter volumina quae Io. Casp. Orellius edidit, usus mihi contigit, *parum adjuvat.* Neque enim, ea quae in hac oratione continentur recte exposita videntur, nec quae in notis illustranda occurrunt, scholarum limites excedunt ». München, *op. infra cit.*, p. 1.

Roscio. Sous chaque passage obscur ou important au point de vue juridique, Hotman avait placé des éclaircissements et des remarques. Le manuscrit dont il fit usage était, à son dire, très ancien, ce qui donne encore plus de prix à son œuvre.

Nous signalerons enfin Théod. Freigius. Il annota les *orationes* de Cicéron (Bâle, 1583, 3 vol.); mais son travail n'a guère laissé de traces dans les commentaires postérieurs, et paraît avoir été d'un mérite secondaire.

Au xviie siècle, le mouvement de la Renaissance se ralentit; on se borna à imiter les anciens, à tirer profit des recherches déjà faites sans en entreprendre de nouvelles et fouiller de nouveau dans le trésor antique. Citons cependant sur notre *oratio* les travaux de Jacques Ménard et Jean Passerat. Leurs notes longtemps inédites parurent seulement dans la grande édition de Graevius où elles furent fondues (Amsterdam, 1695-1699, 3 volumes).

Le xviiie s'écartant encore de l'Antiquité, ne nous offre qu'un commentateur à rappeler, l'Italien Antoine Ferrati. Il donna à Padoue une nouvelle édition des œuvres oratoires de Cicéron en 1729 (*Orationes cum argumentis, animadversationibus et analysi M. Antonii Ferratii ad usum seminarii Patavicii*) (1). Accompagnée de notes et de remarques, c'est une étude sérieuse renfermant des leçons et des explications nouvelles; très estimée dès son apparition, elle mérite, dit Orelli qui la posséda, l'attention des érudits; c'est avec celle d'Hotman, la plus remarquable jusqu'à cette époque.

Nous devons aussi signaler le Français Déjardin. Il avait entrepris de présenter de nouvelles observations exégétiques

(1) Réimprimée en 1794 à Padoue, mais cette fois sans les notes de Ferrati.

sur tous les discours de Cicéron, avec le texte de Graevius. Il ne put terminer son ouvrage, mais parmi les discours qu'il eut le loisir de commenter, on compte le Pro Quinctio, le Pro Sexto Roscio, les Verrines et le Pro Roscio comoedo (Paris, 1738, 1 vol.).

Au XIXe siècle, les travaux philologiques sont le partage de la Hollande et de l'Allemagne et c'est dans l'érudition du nord que nous trouvons de nouvelles études sur le Pro Roscio.

C'est d'abord un professeur allemand de Breslau, UNTERHOLZNER. Il publia dans la revue de Savigny (1) une étude sur le Pro Roscio en 1815. Cette même année, on découvrait à Vérone le Palimpseste de Gaius. Privé de ce précieux document, Unterholzner était réduit, pour comprendre dans le discours de Cicéron les nombreuses allusions à la procédure romaine et au contrat litteris, à quelques passages de Sénèque, de Cicéron et de quelques littérateurs latins, et au célèbre passage de Théophile sur la *litterarum obligatio;* aussi son commentaire offre peu d'intérêt et München ne craint pas de déclarer que « diffi- » cultatibus (orationis) expediendis, Unterholznerus operam » parum prosperam dedit » (2).

En 1826, le hollandais ROVERS, pour atteindre, dit-il, « rite ac legitime summis in jure romano et hodierno honoribus ac privilegiis », présentait une thèse de doctorat sur le Pro Roscio (3); c'est une étude consciencieuse; avec un certain

(1) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft.

(2) Ueber die Rede des Cicero fur den Schauspieler Q. Roscius. (*Savigny Zeitschrift*, t. I, pp. 248 et suiv.).

(3) *Commentatio juridica in M. Tullii Ciceronis orationem pro Q. Roscio comoedo*, quam quod Deus bene vertat, ex auctoritate rectoris magnifici Bernardi Francisci Suerman med. doct. et prof. uti etiam amplissimi senatus academici consensu, et nobilissimae facultatis juridicae decreto, pro gradu doctoratus summisque in jure romano et hodierno honoribus ac privilegiis, in Academia Rheno-Trajectina, rite ac legitime consequendis,

luxe de développement, Rovers reprend et groupe dans un ordre logique, les diverses affirmations de Cicéron, et, suivant la méthode de Hotman, donne des explications juridiques sur les passages relatifs au droit.

Trois ans après, en 1829, à Cologne, nouvelle étude de MÜNCHEN. München, en possession des commentaires de Gaius, devait éviter les erreurs d'Unterholzner; mais au lieu de présenter, avec les données nouvelles de la science, des considérations plus exactes et originales sur le Pro Roscio, il s'est contenté d'éclaircir le texte de Cicéron et de le compléter au moyen de notes tirées des commentaires de Gaius, du Digeste, etc. (1).

La dissertation de PUCHTA, parue en 1832 (2), mérite plus d'attention; c'est une des meilleures quoique limitée à quelques pages; elle est souvent ingénieuse, originale et renferme une grande part de vérité. Elle a été éditée en 1851 par Rudorff parmi les « Kleine civilitische Schriften » de Puchta.

On peut faire le même éloge du commentaire de HEIMBACH; Heimbach, s'occupant de la *condictio certi*, ne fit qu'effleurer le Pro Roscio, mais avec sa grande autorité de jurisconsulte (3).

Une des études les plus importantes est celle de l'allemand SCHMIDT (Iéna, 1839). Il mit à contribution celles de Unterholzner, München, Puchta et Heimbach. Il en tira une dissertation consciencieuse que Bethmann-Hollweg qualifie d'élégante (4). Elle comprend trois parties : la première rétablit les faits du

---

publico ac solemni examini submittit *Jacobus Adolphus Carolus Rovers* Dordracenus, die XXVII aprilis MDCCCXXVI hora XII. — Trajecti ad Rhenum, ex officina O. J. Van Paddenburg, MDCCCXXVI.

(1) Ciceronis Pro Roscio comoedo oratio juridice exposita. Colon., 1829.

(2) Ueber den der Rede pro Q. Roscio comoedo zu Grunde liegenden Rechtsfall, Rheinisches Museum. 1832, nº 12, pp. 87-94.

(3) Heimbach. Observationum juris romani liber. Leipzig, 1834.

(4) Bethmann-Hollweg, *op. infra cit.*, p. 805.

procès ; la seconde donne des notions sommaires sur les principales questions de droit soulevées par le plaidoyer de Cicéron, notamment sur le contrat *litteris*, la *litis contestatio*, les *cognitores;* la troisième est réservée au texte lui-même ; elle en donne une édition critique accompagnée de notes et d'éclaircissements (1).

Citons vers la même époque un travail de Huschke paru dans le *Richter's krit. Iahrb.*, 1840, pp. 481 et suiv.

En 1844, le Pro Roscio fit encore le sujet d'une thèse *pro gradu doctoratus*. C'est celle du hollandais Hanedoes. Elle fut soutenue à Leyde (2).

En 1857, un professeur de droit romain à la faculté de Rennes, G. de Caqueray, publia une série d'études sur Cicéron pour éclaircir les passages de droit privé contenus dans l'ensemble de son œuvre. Cet ouvrage comprend même les lettres de Cicéron ; il renferme par conséquent une étude sur le Pro Roscio, mais conçu sur un plan aussi vaste il devait être fatalement superficiel ; comme M. de Caqueray en fait lui-même l'aveu, il

---

(1) Dissertatio quam rectore academiae magnificentissimo augusto ac potentissimo principe ac domino + domino *Carolo Friderico* magno duce Saxoniae Vimariensium et Isenacensium principe landgravio Thuringiae Marchione Misniae principali dignitate comite Hennebergae dynasta Blankenhaynii Neostadii et Tautenburgi rel. + consentiente illustri jureconsultorum ordine — pro summis in utroque jure honoribus rite capessendis die vi februarii MDCCCXXXIX publice defendet auctor *Carolus Adolphus Schmidt* Ilmenaviensis. Ienae. — Elle a été traduite par Osenbrüggen. *Jahn's archv.* XI, pp. 254-576.

(2) Dissertatio litterario-juridica inauguralis de M. Tullii Ciceronis Pro Q. Roscio comoedo oratione quam annuente summo numine, ex auctoritate rectoris magnifici Gerardi Sandifort nec non nobillissimae facultatis juridicae decreto, pro doctoratus, summisque in jure romano et hodierno honoribus ac privilegiis, in Academia Lugduno-Batava, rite et legitime consequendis defendet *Adrianus Hanedoes* Worcomiensis-Batavus, ad diem xiii novembris MDCCCXLIV hora ii-iii. (Lugduni-Batavorum, apud H. W. Hazenberg et socios).

s'adresse plutôt au littérateur et lui donne des notions superficielles sur le droit de Cicéron, qu'au jurisconsulte qui demande des études approfondies ; son commentaire est donc d'un intérêt assez médiocre.

On ne pourrait faire le même reproche aux études de Bethmann-Hollweg et de Baron. Les deux célèbres professeurs allemands ont été amenés à s'occuper du Pro Roscio dans leurs recherches sur l'histoire de la procédure romaine ; le premier dans son *Römische Prozess* (1), le second plus récemment dans son traité sur les *condictiones* (2). Si Baron a présenté sur notre sujet des considérations tout à fait neuves, des hypothèses hardies et originales, on ne saurait méconnaître que Bethmann-Hollweg a admirablement résumé les travaux parus jusqu'à lui.

Citons enfin, pour être complet, une thèse pour le doctorat ès-lettres présentée à la Faculté d'Aix, par M. le professeur Gasquy, en 1887.

Ces auteurs ne sont point les seuls dont on doive citer les noms dans une étude scrupuleuse du Pro Roscio. A la vérité, ils lui ont consacré des ouvrages, en ont fait l'objet de travaux spéciaux, mais il en est d'autres qui incidemment, dans des études d'un champ plus vaste, ont eu à s'expliquer de façon plus ou moins sommaire sur ce discours. Ce sont des érudits, des éditeurs, des historiens, des philologues. On n'aurait garde de passer sous silence les éditeurs du XVIe siècle et des suivants qui, par des recherches patientes, ont reconstitué le texte de ce discours mutilé.

---

(1) Der Civilprozess des Gemeinen Rechts in Geschichtlicher Entwicklung. Bonn, 1864-1874, 6 vol., t. II, pp. 804-827.

(2) Abhandlungen aus dem Römischen Civilprozess, t. I. Berlin, 1881, pp. 138-178.

A ce titre on doit rappeler les noms du Vénitien Andréa Naugerius (1), du grand érudit Pierre Victor (2), de Camerarius (3), Sturmius (4), Dionysius Lambinus (5), Hotman, Brutus (6), Ursinus (7), Godefroid (8), Gruter (9), Graevius (10), Gronovius (11), Ernesti (12), Lallemand (13), Gara-

---

(1) Ambassadeur en Espagne et en France, il fouilla les bibliothèques et donna un texte épuré et restitué au prix d'un grand labeur des discours de Cicéron (Vol. IIe de l'édition Luca Antonius, la plus pure de celles parues jusqu'à cette époque. Venise, 1534-1537); il avait déjà donné une édition des *Orationes* parue séparément en 1519 à Venise, et sortie des presses aldines.

(2) Pierre Victor collabora à l'édition vénitienne de Luca Antonius Junta (1536-1537), mais ses notes et corrections furent surtout utilisées dans l'édition de Robert Etienne (Paris, 1538-1539, 3 vol. in-fol.); elles furent, du reste, reproduites plusieurs fois dans des éditions successives.

(3) Joachimus Camerarius donna ses soins à l'édition de Bâle de 1540 où à ses annotations particulières il joignit celles de Pierre-Victor (4 vol. in-fol.).

(4) Sturmius revit les éditions de Naugerius et de Pierre-Victor (Strasbourg, 1540, 9 vol. in-8o).

(5) Dionysius Lambinus publia d'après les manuscrits une édition avec notes et corrections (Paris, 1566, édition souvent réimprimée, 4 vol., in-fol.).

(6) Edit. de 1570-1571. Lyon, 9 vol. in-16. C'est en général le texte de Dion. Lambinus avec une collection de notes de divers recueillies par Joan. Michaele Brutus.

(7) Notes de Fulvius Ursinus dans l'édition de 1584, Genève, 2 vol. in-fol.

(8) Notes de Godefroid dans l'édition de Lyon, 1588, 4 vol. Texte de l'édit. de D. Lambinus.

(9) Edit. de 1618, Hambourg, 4 vol., Gulielmius et Jan. Gruter. Les notes de Gruter en grande faveur, souvent réimprimées.

(10) Ed. de 1684-1699, Amsterdam, 11 vol.-8.

(11) Ed. de 1692. Leyde, 11 vol. in-12, Gronovius y reproduisit aussi les notes de Gruter; souvent réimprimée.

(12) Ed. de Leipsig 1737-1739, 6 vol. in-8o. Au texte de Gruter et Gronovius, aux notes de Groevius, etc., Ernesti ajouta un important travail philologique. Mais la *Clavis Ciceroniana* parut seulement dans une autre édition d'Ernesti (1774-1777, 5 vol.).

(13) Ed. de 1768, Paris, 14 vol. in-12.

toni (1), Schütz (2), Klotz (3), Orelli (4).

---

(1) Ed. de Naples, 1777-1778, 17 vol., in-8°. C'est une réimpression de l'édition de Groevius complétée à partir du 3e vol. par Garatoni dont les notes jouirent d'une grande estime. Éd. incomplète.

(2) Ed. de 1814-1823. Leipzig, 20 vol. in-8°.

(3) Edition de Teubner, 1850-1857. Leipzig, 11 vol. (2e édition, 1863-1871).

(4) Ed. de Zurich, 1826 et suiv., 8 vol. in-8°. Une autre édition parut de 1845 à 1861 avec la collaboration de Baiter et Halm. Une troisième enfin de Baiter et Kayser. Leipzig, 1861-1869, 11 vol.

CHAPITRE II

DATE DU DISCOURS DE CICÉRON

Cicéron avant le Pro Roscio. Dates diverses proposées, 671, 677, 683, 685.

Le Pro Roscio comoedo est, selon toute apparence, de l'an 677 de Rome. Cicéron, né en 647, avait trente ans à peine (1). Sa réputation était naissante. Il avait débuté au barreau quatre ans auparavant, à l'âge de vingt-six ans ; c'était l'émule des Crassus, des Hortensius et des Cotta, ce n'était point encore leur maître ; pour lui voir prendre le premier rang parmi les orateurs de son temps, il faut attendre les Verrines.

Cicéron n'avait jusque-là plaidé que des causes à peu près insignifiantes et en général civiles. Cependant il avait conservé comme souvenirs aimés de sa jeunesse deux ou trois succès oratoires.

C'était d'abord sa défense de Sextus Roscius d'Amérie.

---

(1) Il était né sous le consulat de C. Atilius Serranus et de Q. Servilius Caepio (Aul.-Gel., *Nuits Attiques*, XV, 28 ; Brutus, XLIII), trois jours avant les Nones de janvier (Aul.-Gel., *Nuits Attiques*, XV, 28 ; Cicéron, *ad Attic.*, VII, 5 et XIII, 41), c'est-à-dire le 3 janvier 647 de Rome (107 av. J.-C.).

Nous suivons pour la chronologie les Fastes consulaires établis par Georges Baiter. Le travail de Baiter a profité des études de Sigonius, Reland, Almelovenn, Piranèse, Marini, Muratori, Saint-Clément, Borghesi, Fea, etc. Etablie sur les Fastes Capitolins, sa chronologie diffère légèrement de celle donnée par l'ère Varronienne : ainsi, d'après les Fastes capitolins, le consulat aurait été institué en 244 de Rome et le Pro Roscio serait de 677. D'après l'ère Varronienne, au contraire, on placerait l'institution du consulat en 245 et le Pro Roscio en 678. Les Fastes consulaires établis par Mommsen dans le *Corpus inscriptionum latinarum* donnent aussi d'après l'ère Varronienne, 678 pour 677. Voy. *inscriptiones latinae antiquissimae*, p. 539. Berlin, 1863.

Sextus Roscius était accusé de parricide, il était poursuivi par un ennemi redoutable, Chrysogonus, qui convoitait ses biens et qui était un favori de Sylla alors dans la toute puissance de sa dictature; Cicéron osa élever la voix en sa faveur et sauva sa tête. Cet acte de courage fit honneur peut-être à son dévouement plus qu'à son talent d'orateur; elle lui gagna, dit-il, l'estime et l'admiration des honnêtes gens (1).

Ce fut ensuite un plaidoyer en faveur d'une femme d'Arretium; Cicéron eut à lutter contre une des gloires du barreau romain, le jurisconsulte Cotta; il gagna la cause (2).

On a également conservé de cette période de début un autre plaidoyer pour Publius Quinctius (3).

Après ces essais au Forum, Cicéron disparut tout à coup et pendant deux ans resta absent de Rome; ses premiers succès ne l'avaient point ébloui et il était parti pour la Grèce. Il allait chercher sur cette terre classique des arts, à l'école des grands maîtres de Rhodes et d'Athènes, les secrets de l'éloquence attique.

Ce furent deux années de voyage et d'étude; à Athè-

---

(1) Brut., XC, 312.

(2) Pro Caecina, XXIII, 97.

(3) L'opinion commune s'appuyant sur le témoignage d'Aulu-Gelle et d'Eusèbe assigne le premier rang au discours pour Quinctius et le place avant celui pour Sextus Roscius d'Amérie. Mais cela est invraisemblable. Le Pro Quinctio n'est point un discours de début; Cicéron dans son exorde y déclare « quod mihi consuerit in caeteris causis esse adjumento, id quoque in hoc causa deficit? »; dans le Pro Sexto Roscio, au contraire, il s'excuse de sa jeunesse et se présente comme un débutant. Enfin, une lecture attentive du Pro Quinctio fait naître ce sentiment que l'on était déjà loin des proscriptions de Sylla. L'impression générale est toute différente à la lecture du Pro Roscio. Du reste, Aulu-Gelle déclare que Cicéron plaida pour Quinctius devant Aquilius Gallus sous le consulat de M. Tullius Decula et Cn. Cornélius Dolabella, à l'âge de 26 ans; et, d'après Cornélius Népos, il aurait plaidé pour Sextus Roscius à 23 ans (V. Aul.-Gell., XV, 27). On trouve aussi Quintius au lieu de Quinctius.

nes, où il demeure six mois, il étudie la philosophie sous les auspices d'Antiochus, un philosophe de l'ancienne Académie, l'éloquence avec le rhéteur Demetrius de Syrie. Il passe en Asie; il y puise à la fois aux leçons de Menippus de Stratonicée et de Denys de Magnésie, d'Eschyle de Cnide et de Xenoclès d'Adramyte (1). A Rhodes, il rencontre un des maîtres d'éloquence les plus célèbres de cette époque où l'art de la parole fut en honneur, Molon. Molon avait été à Rome jadis, en ambassade (2); Cicéron retrouve en lui un ami et un maître, et, sous sa direction habile, achève son éducation artistique et se sent enfin digne de reparaître au Forum. Ainsi armé de toutes les ressources de l'art grec, il rentre à Rome en 676, confiant dans ses forces, dans son avenir et avec des espérances de gloire qu'un jour Apollon, à Delphes, lui a jetées au passage (3).

Cependant il semble abandonner avec regret le silence de l'étude; il se recueille encore dans les belles-lettres et la philosophie; il se tient à l'écart des affaires publiques, plaide par intervalles pour Claudius, pour Tullius, prend des leçons de déclamation, de maintien avec les acteurs Esopus et Roscius; Roscius était le beau-père de ce Quinctius qu'il avait défendu avant son départ pour la Grèce; il en fait son ami et se plaît à l'appeler *amores et delicias suas* (4). La même année (676), il se marie avec Terentia (5). Nous arrivons ainsi au consulat de Cn. Octavius et C. Scribonius Curio, à l'année 677; Cicéron sort de sa retraite et brigue les honneurs; à l'unanimité des

---

(1) Brut., XCI, 313, 314, 315, 316.

(2) Brut., XC, 312.

(3) Plut., Cic., ch. 5.

(4) De divinat., I, 36, 79, II, 31, 66. Scholia Bobiensia pro Archia, p. 357, ed. Orelli Baiter.

(5) Brut., XCII, 318. In Pison., ch. I.

tribus, il est élu questeur de Lilybée (1), il part pour la Sicile, mais auparavant il avait payé une dette de reconnaissance à son ami Roscius en le défendant à Rome, dans un procès civil.

Telle avait été la carrière de Cicéron avant le discours qu'il prononça pour cette défense et qui nous est resté sous le nom de Pro Roscio comoedo. Nous avons cru nécessaire de l'esquisser brièvement pour faire saisir et trancher la controverse sur la date exacte de ce discours.

Nous avons, en effet, fixé cette date à l'an 677, mais cette opinion n'est point admise par tout le monde et l'on a proposé sur ce point des dates différentes.

1° Hotman se prononce pour l'an 671 (2). Cicéron n'était point encore parti pour Athènes, il n'avait même pas encore défendu Sextus Roscius d'Amérie ; le Pro Roscio comoedo serait un de ses premiers discours.

Hotman fonde son opinion sur un trait de la vie du célèbre comédien rapporté par Macrobe (3). D'après Macrobe il aurait été l'objet d'une distinction flatteuse sous la dictature de Sylla, il aurait reçu de lui un anneau d'or. Cicéron, dit Hotman, ne devait pas manquer de rappeler cette distinction ; elle devait lui servir à représenter son client comme un homme digne de l'estime publique et d'un caractère supérieur à celui de son adversaire. S'il ne l'a point fait, et l'on peut s'en convaincre en parcourant les fragments de son plaidoyer, c'est qu'il l'ignorait, ou plutôt c'est qu'elle n'avait point encore été obtenue. Il plaidait donc avant la dictature de Sylla, c'est-à-dire avant la fin de l'année 671. Son discours est du reste une œuvre de jeunesse, qu'on doit placer avant son départ de Rome ; il est

---

(1) V. Middleton, *Vie de Cicéron*, trad. franc., t. I, p. 78 et Orelli Baiter, *Onomasticon Tullianum*, t. I, p. 27, note 1.

(2) Hotman (*In argumento orationis*).

(3) Macrobe, Saturn., II, 10.

par suite antérieur au Pro Sexto Roscio Amerino lui-même, car aussitôt après avoir prononcé ce plaidoyer il partit pour Athènes (1) ; il lui avait attiré l'inimitié du dictateur et il n'échappa à sa colère que par une fuite précipitée.

Le Pro Roscio comoedo est, il est vrai, une œuvre de jeunesse, et il y paraît en force endroits, mais cela ne suffit point pour le placer avant le Pro Sexto Roscio Amerino; la tradition, l'ordre dans lequel nous sont parvenus les discours de Cicéron s'y opposent. Cette considération ne suffit pas davantage pour lui assigner une date antérieure au voyage en Grèce. Quant au silence que garde Cicéron sur l'anneau d'or décerné par Sylla, il est aisé de l'expliquer; il était inutile pour le succès de la cause de rappeler cette faveur : « On pouvait, dit Rovers, louer la probité de Roscius, sa générosité, sa munificence, son dédain pour l'or; on pouvait en prendre à témoins le juge qui siégeait en ce moment, le peuple de Rome, l'adversaire lui-même, et montrer après cela que Roscius était incapable de frustrer un associé ; mais son amitié pour Sylla n'était point un gage d'honorabilité : elle ne le mettait point à l'abri du soupçon, il était superflu de la rappeler ».

2° L'année 677 que nous avons choisie réunit beaucoup plus de probabilités. Nous verrons en effet par la suite que le procès de Roscius avait pour origine une transaction taxée de fraude par son adversaire, et que cette transaction eut lieu au temps des proscriptions de Sylla, vers l'an 672. Le procès éclata et Cicéron plaida quatre ans plus tard, par conséquent vers la fin de 676 ou au commencement de 677. On peut hésiter entre ces deux dates; Ferrati et Garatoni (2) se rallient à la

---

(1) De Divin., I, 36.

(2) Ferratius (ad. not., p. 235). — Garatonius (ad. cap., 13, p. 304). — Voyez aussi Orelli Baiter, Onomasticon, t. I, note j. — Klotz dans son édition.

première, mais la seconde est plus généralement adoptée, notamment par Pighi, Fabricius Marcoduranus, Middleton, Schütz, Rovers et Bethmann-Hollweg (1). On se trouve alors sous le consulat de Cneus Octavius et C. Scribonius Curio, et l'on doit compter le Pro Roscio comoedo parmi ces *Causae nobiles* dont parle Cicéron et qu'il plaida la première année après la mort de Sylla et son retour d'Asie, alors qu'il briguait la dignité de questeur, Cotta le consulat et Hortensius l'édilité.

3° Corrado dans son traité sur la Questure indique l'an 683 (2); l'*oratio* pour Roscius aurait eu lieu sous le consulat de Cn. Pompée et M. Crassus : elle serait contemporaine des Verrines. Corrado se fonde sur ce que Pison, chargé comme juge de trancher le différend du Pro Roscio, fut préteur cette année là, et cette année seulement.

Mais cette opinion repose sur une confusion qui surprend chez un auteur généralement exact. Pison fut juge dans l'affaire du Pro Roscio et non point préteur; le préteur et le juge remplissaient des fonctions toutes différentes : le premier organisait l'instance et délivrait la formule, il donnait mandat de juger au juge et celui-ci prononçait la sentence. L'observation de Corrado, loin d'appuyer son opinion, pourrait au contraire servir à la combattre, car il est peu probable que Pison ait pu la même année être à la fois préteur et juge privé (3).

4° On a enfin proposé l'an 685. Cette conjecture de Manuce a été adoptée de nos jours par Schmidt (4).

---

(1) Pighius, Annales magistratuum romanorum, 1599, ad. ann. 671, 672, 673. — Fabricius, Historia Ciceronis per Consules descripta, ouvrage réimprimé dans l'édition d'Orelli-Baiter. Onomasticon, t. I, pp. 1-109, sub anno 677. — Middleton, *Vie de Cicéron*, p. 92. — Schütz, apud argumentum. — Rovers, *op. cit.*, p. 7. — Hanedoes, *op. cit.*, p. 3. — Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, p. 806.

(2) Corradus (*de Quaestura*, p. 258, ed. de 1754).

(3) Fabricius Marcoduranus. *Op. cit.*, ad annum 677.

(4) Manutius (ad. arg. orat.) — Schmidt, *op. cit.*, pp. 12 et 13.

Ils font remarquer qu'un certain Cluvius, simple chevalier romain, fut juge dans un procès connexe au Pro Roscio, et ils en concluent que l'affaire était postérieure à la loi Aurelia. Cette loi en effet rendit aux chevaliers romains le droit de juger que leur avait enlevé quelques années auparavant et pour le réserver aux sénateurs une loi Cornelia. La loi Aurelia est de 684. Et comme le procès où Cluvius fut juge se dénoua avant celui où Roscius fut attaqué, ce dernier est nécessairement postérieur à l'année 684. Manuce présente encore d'autres arguments de moindre importance tendant à désigner plus spécialement le consulat de Marcus Rex et Caecilius Metellus.

Mais comme l'a fait depuis longtemps remarquer Ferrati, il est inexact d'affirmer que ces *leges judiciariae*, la loi Cornelia et la loi Aurelia, s'appliquaient aux affaires privées. Il est probable qu'elles ne regardaient que les *judicia publica* et c'est l'opinion des romanistes modernes ; Cluvius, simple chevalier, aurait donc pu être juge aussi bien après la loi Cornelia qu'après la loi Aurelia.

On fait aussi observer que d'après les manuscrits l'affaire eut lieu quinze ans après la transaction dont nous avons déjà parlé et qui eut lieu à l'époque des proscriptions de Sylla, en 672, ce qui nous reporte à une date encore postérieure à la loi Aurelia; mais on est à peu près d'accord depuis Hotman pour voir une erreur de copiste dans le chiffre XV des manuscrits. On le remplace généralement par le chiffre IV et cette correction est des plus vraisemblables comme nous le verrons plus loin.

Il faut ajouter, d'ailleurs, que s'il est exagéré de faire du Pro Roscio un des premiers plaidoyers de Cicéron, il est inadmissible d'y voir une œuvre de l'âge mûr. De nombreux passages, sans parler de la faiblesse du style, accusent la jeunesse de l'orateur. Ainsi, au § 44, Cicéron reconnaît qu'il est un adolescent sans prestige, et n'ose louer deux sénateurs respectables par

leur caractère et leur âge, T. Manilius et C. Luscius Ocrea; sans doute on restait *adolescens* fort longtemps, parfois même jusqu'à 40 ans, mais ce langage modeste surprend chez Cicéron à 39 ans. Il avait plus d'orgueil et attribuait plus de prix à ses éloges lorsque quelques années auparavant, accusant Verrès, il louait les *viri primarii* appelés en témoignage.

C'est donc à l'année 677 qu'il convient de nous arrêter; mais pour l'intelligence du discours, il est nécessaire de rechercher les origines des embarras de Roscius, et de remonter à quatre années auparavant.

DEUXIÈME PARTIE

Étude interne du Pro Roscio d'après les circonstances de la cause.

Société entre Roscius et Fannius relativement à l'esclave Panurge. — Meurtre de l'esclave par Flavius. — Fannius mandataire de Roscius contre le meurtrier. — Transaction de Roscius avec Flavius. — Fannius attaque son associé à raison de cet acte devant un arbitre conventionnel, Pison. — Transaction entre Fannius et Roscius. — Elle est inexécutée en partie par Roscius. — Fannius exerce contre lui la *Condictio certae pecuniae*.

Caius Fannius Chaerea (1) avait un esclave remarquablement doué pour la scène. Il se nommait Panurge. Élevé par un maître habile, il devait faire, s'il plaisait au public, la fortune

---

(1) Ce Caius Fannius Chaerea est un inconnu pour les commentateurs. Son nom permet cependant de conjecturer qu'il était grec d'origine, et l'on est fortifié dans cette supposition lorsqu'on se rappelle qu'un Chaerea, auteur d'un ouvrage sur l'agriculture, était grec au dire de Varron. C'était probablement un étranger investi du droit de cité romaine. Peut-être aussi était-ce un ancien esclave nommé Chaerea qui avait été affranchi par son maître, C. Fannius, et qui avait pris le nom de ce dernier en l'ajoutant au sien, suivant l'usage de Rome. On pourrait même, dans la voie des suppositions, regarder comme son patron le consul C. Fannius, orateur estimé de Cicéron et auteur d'une loi somptuaire, la loi Fannia (Cic. Brut., XXVI, 99, 100). Quoi qu'il en soit, ce Chaerea n'était point un simple pérégrin ; Cicéron nous apprend qu'il était, ou pouvait être, créancier de Roscius par voie de stipulation et d'expensilation et que, dans le procès dont nous nous occupons, il fit la *sponsio tertiæ partis;* or tous ces actes étaient interdits aux pérégrins à cette époque (Gaius, III, §§, 92 et 93).

de son maître; déjà, à cette époque, les Romains ne dédaignaient point les plaisirs du cirque et du théâtre et un bon comédien se louait fort cher (1); la danseuse Dionysia s'assurait, paraît-il, un revenu de 200,000 sesterces (2).

Fannius, pour l'éducation de son esclave, s'adressa à l'acteur en renom, Q. Roscius (3); seulement, soit qu'il fût réellement avare comme Cicéron se plaît à le dire, soit qu'il se trouvât embarrassé dans ses affaires, au lieu de convenir d'un prix déterminé pour les leçons de mimique et de déclamation, il mit l'esclave en société (4); il fut convenu que l'esclave serait commun entre lui et Roscius, que Roscius l'élèverait avec soin et que les bénéfices qu'on retirerait plus tard seraient partagés. Ainsi dans cette société tous deux contribuaient : Fannius apportait l'esclave, Roscius ses leçons et sa réputation de comédien (5).

---

(1) On peut juger de la fureur des Romains pour les spectacles par un épigramme de Martial (liv. X, 53). Martial y déplore la mort du cocher Scorpus avec des regrets tels qu'on pourrait les accorder aux grands hommes.

(2) Pro Roscio comoedo, § 23.

(3) Sur Roscius, voy. l'opuscule de Fraguier. Vie de l'acteur Q. Roscius, dans les mémoires de l'Acad. des Insc., IV, p. 437. Né à Solonium, dans la Sabine, il devint l'idole des Romains; bien que, dit-on, l'acteur Esopus le surpassât dans le pathétique, il jouit d'une réputation hors de l'ordinaire. Au dire de Pline, il aurait gagné dans la première partie de sa carrière, 50 millions de sesterces.

Sylla lui accorda l'anneau d'or, signe distinctif des chevaliers. Cicéron prit de lui des leçons de maintien. D'après Macrobe, il serait l'auteur d'un ouvrage où l'art oratoire et l'art du théâtre étaient comparés. Il mourut peu de temps, sans doute, après son procès avec Fannius, car dans le Pro Archia, six ans après, Cicéron parle de sa mort comme récente. Voy. aussi, pour sa biographie, Orelli Baiter, *Onomasticon Tullianum*, t. II, p. 514.

(4) « Panurgus, inquit, fuit Fanni : is fit ei cum Roscio communis ». (P. R. C., § 27).

(5) Les Romains, après quelques hésitations, dont on retrouve des traces dans un texte du Code (C. 1, 4-37) avaient admis qu'un associé

Ces conventions faites, Panurge fut remis entre les mains de Roscius et donnait à son maître les espérances les plus belles, quand la mort vint les trancher. Il fut tué par un citoyen du bourg de Tarquinies, nommé Flavius (1).

Cet événement mit fin à la société, mais comme Panurge appartenait pour moitié à chacun des associés, chacun se trouva investi d'une action contre le meurtrier. Cette action était l'action en indemnité à raison d'un préjudice causé sans droit, l'action de la loi Aquilia (2). Flavius devait donc à chacun la moitié de la valeur de l'esclave, plus exactement la moitié de la plus haute valeur que l'esclave avait eue dans l'année du meurtre ou tout au moins de la totalité du préjudice éprouvé (3). Il nous est difficile d'évaluer le montant de ce préjudice (4); il devait être considérable. L'esclave, en effet, promettait d'être un habile comédien, on espérait le louer environ 100,000 sesterces (5).

---

pouvait n'apporter aucune valeur pécuniaire, comme Roscius, mais seulement son travail, son industrie, son crédit *(opera, industria, gratia)*. (L. 80, 17-2.).

(1) Panurgum, inquit (sc. Fannius), hunc servum communem Q. Flavius Tarquiniensis quidam interfecit (P. R. C., § 32).

(2) Cicéron lui-même appelle l'action un *judicium damni injuria constitutum;* on ne sait point la date exacte de la loi Aquilia, mais il est certain qu'elle existait à l'époque où Cicéron plaida pour Roscius.

(3) Nec solum corpus in actione hujus legis æstimatur, sed sane si servo occiso plus dominus capiat damni quam pretium servi sit, id quoque aestimatur, veluti si servus meus ab aliquo heres institutus, antequam jussu meo hereditatem cerneret, occisus fuerit; non enim tantum ipsius praetium aestimatur, sed et hereditatis amissae quantitas (Gaius, III, §§ 212). Voy. Ulpien, l. 23, pr. 9-2.

(4) D'après Cicéron, la valeur matérielle de l'esclave était de 50,000 sesterces et Fannius aurait mis cette somme en société; mais Roscius aurait ajouté une plus value de 100,000. « Ex qua parte erat Fannii, non erat H S. IIII∞, ex quae parte erat Roscii, amplius erat CCCIↃↃↃ ». P. R. C., § 28.

(5) « Disciplina, quae erat ab hoc tradita, locabat se non minus H S. CCCIↃↃↃ. » (P. R. C., § 28). — Cicéron veut dire probablement par là que

Roscius n'exerça point lui-même son action. Il prit Fannius pour cognitor et le chargea de l'exercer à sa place (1). Fannius y consentit et poursuivit à la fois en son nom et au nom de son ancien associé le meurtrier de Panurge devant le juge Cluvius, chevalier romain (2).

L'affaire traîna probablement en longueur; Roscius lassé d'attendre, pressé d'en finir, proposa à Flavius une transaction qui fut acceptée; il se désista de son droit de poursuite, révoqua le mandat d'agir en justice et en échange reçut une propriété dans la campagne (3). Ceci se passait quatre ans avant le plaidoyer de Cicéron (4); on était à l'époque troublée des

---

l'esclave loué à l'année à un entrepreneur de spectacles ou pour certaines périodes de fêtes rapporterait annuellement 100,000 sesterces, soit 25,000 fr. environ de notre monnaie. Cette somme n'est point exagérée, mais les paroles de Cicéron ne sont point claires. (Sur les monnaies romaines voy. Reinach. Manuel de philologie. Paris, 1883, 2e *éd.*, t. I, p. 330).

Bethmann-Hollweg évalue à 100,000 sesterces le montant de chaque action *legis Aquiliae* exercée contre Flavius, soit en tout 200,000 sesterces. Il croit également que dans la formule de l'action cette somme entra en *taxatio*. Il base cette supposition sur ce que Flavius se libéra vis-à-vis de Roscius par l'abandon d'un champ de 100,000 sesterces, et vis-à-vis de Fannius plus tard par le paiement de la même somme. Mais ce raisonnement n'est point concluant, car d'un côté lorsque Roscius reçut le champ pour l'abandon de son action, il ne valait point 100,000 sesterces, et d'un autre si Fannius reçut la même somme, rien ne prouve qu'il avait reçu pleine satisfaction. V. Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, p. 807, note 4.

(1) « In hanc rem, inquit (sc. Fannius), me cognitorem dedisti » (P. R. C., § 32).

(2) La formule devait être ainsi conçue : « Cluvius judex esto, si paret Flavium Fannii et Roscii servum communem occidisse quanti in eo anno plurimi Panurgus fuit, tantam pecuniam judex Flavium Fannio condemna; si non paret absolve ». (V. Gaius, IV, §§ 46, 86).

(3) Lite contestata, judicio damni injuria constituto, tu (sc. Roscius), sine me cum Flavio decidisti (P. R. C., § 32). Accepit enim agrum (P. R. C., § 33).

(4) Roscium cum Flavio pro societate decidisse. Quo tempore? Abhinc

proscriptions de Sylla, dans une crise économique; les propriétés étaient incertaines, suivant l'expression du texte; le fonds de terre accepté par Roscius était d'une valeur très mince; mais plus tard, la tranquillité revenant et grâce à une exploitation heureuse, il fut estimé 100,000 sesterces (1).

A la vue de ce gain, la cupidité de Fannius s'allume; il en réclame sa part, et, en bonne justice, il n'avait pas tout à fait tort; il n'avait encore rien obtenu de Flavius, s'était donné beaucoup de soucis et de peines, et voilà que sans l'avertir, Roscius transigeait avec son adversaire et le laissait seul supporter toutes les chances et tous les déboires de la poursuite! Le procédé n'était point délicat. Cependant au lieu de porter ses plaintes devant le juge ordinaire, Fannius eut recours à un moyen de conciliation. Un juge ordinaire en condamnant Ros-

---

annis IV (P. R. C., § 37). — Les manuscrits portent non pas quatre ans, mais quinze ans. « Abhinc annis XV ».

Orelli suit la leçon des manuscrits; Schmidt également en invoquant ce passage du § 38, « in re tam vetere, in negotio jam confecto, in societate dissoluta ». Ce chiffre est néanmoins invraisemblable. Hotman a corrigé le texte en mettant IV au lieu de XV, et cette correction nous paraît justifiée. En effet, comme Fannius n'attaqua la transaction que trois ans avant le procès que nous étudions, il aurait gardé le silence pendant douze ans; c'est peu probable. Bien plus, c'est également après avoir attaqué cette transaction, qu'il obtint condamnation contre Flavius; or, le procès contre le meurtrier de Panurge avait commencé avant que cette transaction eût lieu; il aurait donc duré plus de douze ans! La loi Julia n'avait point encore restreint la durée des *judicia legitima*, à dix-huit mois, mais cette supposition n'en est pas moins invraisemblable. Hotman présente encore deux considérations à l'appui de sa correction, mais nous ne les goûtons guère.

(1) Accepit enim agrum temporibus iis, cum jacerent pretia praediorum; qui ager neque villam habuit neque ex ulla parte fuit cultus; qui nunc multo pluris est, quam tunc fuit. Neque id est mirum. Tum enim propter rei publicae calamitates omnium possessiones erant incertae, nunc deum immortalium benignitate omnium fortunae sunt certae; tum erat ager incultus sine tecto, nunc est cultissimus cum optima villa (P. R. C., § 33).

cius l'eût frappé d'infamie, car, d'après les idées romaines, il était infâme de tromper son associé; Fannius voulut épargner cette honte à son associé et le différend fut soumis d'un commun accord à un arbitre conventionnel, C. Calpurnius Pison (1).

Sur ce dernier point cependant les fragments du Pro Roscio sont très obscurs et même contradictoires (2); aussi les commentateurs sont divisés, et tous n'admettent point que Fannius s'adressa à un arbitre conventionnel; la controverse est trop importante pour être négligée, nous allons donc l'aborder; les difficultés sont telles qu'il est impossible de les trancher d'une façon bien satisfaisante.

Fannius se plaignait d'avoir été trompé par son associé, il réclamait sa part dans le champ donné à Roscius par Flavius, soit environ 50,000 sesterces. Trois moyens s'offraient à lui d'obtenir justice. Il pouvait soit exercer une *condictio certi*, c'est-

---

(1) Quis in hanc rem fuit arbiter? Ipse C. Piso est. (P. R. C., § 12).

Caius Calpurnius Pison appartient à l'histoire romaine et y figure honorablement. Il remplit les fonctions les plus hautes de la République. Il fut tour à tour préteur (683), consul (687) et proconsul (689). Comme proconsul, il gouverna la Narbonnaise et pacifia la remuante tribu des Allobroges (Cic. *ad. Attic.*, I, 1, § 2, 13, § 3). Comme consul, il fit rendre la célèbre loi *Calpurnia de ambitu* et montra à cette occasion une rare fermeté. Cette loi mécontentait la foule qui s'éleva contre le consul; mais il lui tint tête sans faillir, appela à lui des citoyens au nom du salut de la République et grâce à son courage fit passer la loi (*Asconius in Cornel.*, p. 68 et 75). Il administra également la province des Gaules, mais à son retour, il fut accusé par César de concussion et d'avoir injustement envoyé un *Transpadanus* au supplice. Cicéron le défendit et le sauva (Cicér. *Brut.*, LXVIII, 239, *ad Attic.*, I, 17, § 11. Philip., II, 5, § 12. Salluste, *Catil.*, 49). On retrouve encore son nom lié avec celui de Cicéron dans le *pro Caecina* où il défendit Sextus Aebutius; il ne faut pas du reste le confondre avec le fiancé même de Tullia, la fille de Cicéron, C. Calpurnius Pison (*pro Caecina*, § 34).

(2) Aussi Heimbach avoue qu'il lui est impossible d'affirmer d'une façon certaine quelle action exerça Fannius.

à-dire demander simplement 50,000 sesterces, soit exercer l'action *pro socio*, c'est-à-dire demander qu'en qualité d'associé et suivant l'équité on lui donnât la moitié du champ; soit enfin, au lieu de s'adresser à la justice ordinaire, s'en remettre à la décision d'un arbitre conventionnel, choisi de concert avec son adversaire. En un mot il pouvait à son choix s'adresser à un *judex*, à un *arbiter judiciaire*, ou à un *arbiter compromissarius*.

De ces trois partis il ne prit pas le premier; les paroles de Cicéron, et les principes du droit ne laissent aucun doute sur ce point. Mais eut-il recours à un *arbiter judiciaire* ou bien à un *arbiter compromissarius ?* Ici commence la division (1).

Nous croyons que Fannius suivit un usage assez habituel à Rome; il fit un compromis avec son adversaire; tous deux convinrent de s'en remettre à la décision de Pison, et stipulèrent réciproquement une somme pour le cas où l'un d'eux ne comparaîtrait point ou refuserait de se soumettre à la sentence arbitrale. Cette opinion est aussi celle de Ménard, de Garatoni, de Rudorff, de Baron. Elle n'est point il est vrai à l'abri de tout reproche, mais elle est encore la plus plausible. On peut présenter en sa faveur les trois considérations suivantes (2) :

a). Un passage formel de Cicéron la consacre. C'est le § 12 :

« Quae cum ita sint, quaero abs te, quid ita de hac pecunia, » de his ipsis H S ccccc (de) tuarum tabularum fide *compromis-*

---

(1) L'hypothèse d'un compromis et d'un arbitrage extra-judiciaire est acceptée par Ménard, Garatoni (*ad.* cap. IX). Rudorff, Römische Rechtsgeschichte. Leipzig, 1857-1859, 2 vol., t. II, § 68, note 10, Klotz (mais il n'est guère affirmatif). Baron, *op. cit.*, p. 139 et suiv.

L'hypothèse d'une action *pro socio* est admise par Hotman, *op. cit.*, *in arg.*, Unterholzner, *op. cit.*, pp. 248 et suiv.; Schmidt, *op. cit.*, pp. 8 et suiv.; Hanedoes, *op. cit.*, p. 7, note 2, Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, p. 809 et note 13.

München (§ 5) croit que ce fut une *condictio*. L'erreur nous paraît grossière et inutile à réfuter. Puchta n'affirme rien (*op. cit.*, p. 321).

(2) Baron, *op. cit.*, pp. 139 et suiv.

» *sum feceris, arbitrum sumpseris,* quantum aequius et melius » sit dari repromittive si pareret? »

Ainsi Fannius avait pris un arbitre à la suite d'un compromis! Cet arbitre n'était donc point un arbitre judiciaire, mais un *arbiter compromissarius*, un *disceptator domesticus* (1).

b). On peut déterminer le caractère de l'arbitre d'après la nature des pouvoirs qui lui furent attribués. Ces pouvoirs, Cicéron les précise par ces mots *Infinita largitio* (2). Ou bien cette expression est exagérée, ou bien elle ne convient qu'à un *arbiter compromissarius;* lui seul a une *infinita largitio*, des pouvoirs infinis. Il relevait de sa seule conscience; il se prononçait d'après sa conviction, et sa sentence, même inique, devait être exécutée (3); ses pouvoirs ne connaissaient que deux limites,

---

(1) Plusieurs éditions portent en effet ces mots *si pareret,* aussi avons-nous cru pouvoir donner cette leçon dans le texte. En réalité elle ne se trouve point dans les manuscrits. Les vieilles éditions, l'*Ascensiana Prima* de 1511, les éditions de Lambinus de 1566 et 1584 donnent la correction *si pareret;* celles d'Orelli, de Müller portent la correction *si petieris,* mais les manuscrits de Médicis, de Genève, de la bibliothèque électorale de Munich portent *si peieres* ou *peteres.* Cette leçon est donc peut-être la seule exacte, et si on la suit, on aboutit à cette conclusion que Fannius n'a exercé aucune action en justice. Cette expression *si peteres* témoigne qu'une *petitio* était possible, mais qu'elle n'a point eu lieu. De plus, les mots *quantum aequius et melius sit dari* feraient allusion à un *arbitrium* et les mots *repromittive* à la *sponsio poenalis* de la *condictio certi,* à la *condictio certi* par conséquent. Le passage alors signifierait ceci : Pourquoi alors, Fannius, avez-vous pris un *arbiter* afin de faire estimer ce qu'il serait juste de réclamer d'après l'équité, ou la somme qui ferait l'objet de la *sponsio poenalis, si vous veniez à exercer soit un arbitrium, soit une condictio ?*

(2) Eumdem tu arbitrum et judicem sumebas? Eidem et *infinitam largitionem* remittebas et eumdem in angustissimam formulam sponsionis concludebas? (P. R. C., § 12).

(3) Stari autem debet sententia arbitri, quam de re dixerit *sive aequa sive iniqua sit.*, l. 27, § 2, 4-8. Voyez aussi Sénèque, *De beneficiis,* III, 7 : « libera et nullis adstricta vinculis religio », et *De Clem,* II, 7 : « liberum

les termes même du compromis, c'est-à-dire les termes de son mandat, et le dol. Ceux de l'arbitre judiciaire étaient au contraire relativement restreints; il jugeait d'après l'équité, mais il était tenu de se conformer à la formule délivrée par le préteur et sa sentence même n'était point, comme celle du *compromissarius*, entièrement souveraine; déjà du temps de Cicéron, elle pouvait être réformée dans certains cas. Avec une *infinita largitio*, l'arbitre choisi par Fannius ne pouvait donc être qu'un *arbiter compromissarius*.

Du reste, Cicéron semble trouver inouï que Fannius, après s'être adressé à un arbitre, s'adressât à un *judex*, à cause de la différence de pouvoirs qui existe entre eux (1). La différence qui existe entre le *judex* et l'*arbiter* judiciaire n'est pas assez grande pour expliquer l'argumentation de Cicéron. Au contraire, il y a un abîme entre le *judex* et l'*arbiter compromissarius;* avec ce dernier, l'argument reprend toute sa force.

c). Enfin nous allons voir que les textes du Pro Roscio et les principes du droit romain s'accordent pour écarter la conjecture d'un *arbitrium pro socio* (2).

---

arbitrium habet, non sub formula sed ex aequo et bono judicat et absolvere illi licet, et quanti vult taxare litem ».

(1) Ceteri quum ad judicem causam labefactari animadvertunt, ad arbitrium confugiunt, hic ab arbitro ad judicem venire est ausus! (P. R. C., § 13).

(2) On serait peut-être tenté d'objecter qu'un arbitre judiciaire peut bien être appelé *judex*, mais non un arbitre conventionnel et que l'instance devant ce dernier n'est point un *judicium*, que par conséquent Cicéron, dans le § 26, appelant l'instance un *judicium* et Pison un *judex*, Pison n'était point un arbitre conventionnel. Mais des textes qualifient de *judex* le simple citoyen chargé de trancher un différend, à la suite d'un compromis (Voy. Paul, *Sent. Recept.*, V, 5ª, § 1). On trouve même l'expression *judex compromissarius* (Voy. l. l. 41, 4-8 et 4, 26-5). Du reste, il était naturel d'employer en matière d'arbitrage des expressions tirées des instances judiciaires, car, ainsi que le fait remarquer Garatoni, « compromissum ad similitudinem judiciorum redigitur ». Voy. Garatonius ad caput IX. Voy. aussi l. l. 13, § 2, 4-8, et 34, § 1, 4-4.

Cependant cette conjecture d'un *arbitrium pro socio* rallie de nombreux partisans, Hotman, Passerat, Unterholzner, et plus récemment Bethmann-Hollweg. Ce dernier notamment l'a proposée en s'appuyant sur les arguments suivants.

a). Dans les §§ 10, 11 et suivants, Cicéron compare les *judicia* et les *arbitria* qui renferment, comme on le sait, l'action *pro socio.* Il les distingue par leur objet, par le caractère rigoureux ou modéré de leur procédure, et fait ressortir les différences de leurs formules : celle des *judicia* est affirmative.

« *Si paret* HS ɪɔɔɔ *dare oportere* ».

Celle des *arbitria* hésitante.

« *Quantum aequius et melius sit dari* ».

Cette comparaison serait inutile si elle n'avait pour but de montrer que Fannius n'a pas osé tout d'abord intenter un *judicium*, qu'il a recouru à l'*arbitrium* moins dangereux et n'a jamais été bien sûr de l'excellence de son droit. Il a pris la formule la moins compromettante, celle des *arbitria*, dans l'espèce celle de l'action *pro socio*, et nous en retrouvons le texte dans ces paroles de Cicéron, adressées à Fannius :

« *Arbitrum sumpseris, quantum aequius et melius sit dari* » *repromittive* ».

Du reste, si, comme l'indique le passage précité, Fannius a fait usage d'une formule, il s'est sûrement adressé à un *arbiter* judiciaire, puisqu'auprès d'un *arbiter compromissarius* elle n'était pas nécessaire (1).

---

(1) Schmidt, *op. cit.*, p. 5 ; Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, p. 809, note 12. Pecunia tili debebatur certa, quae nunc petitur per judicem, in qua legitimae partis sponsio facta est. Hic si tu amplius HS nummo petisti, quam tibi debitum est, causam perdidisti, propterea quod aliud est judicium, aliud est arbitrium. Judicium est pecuniae certae, arbitrium incertae ; ad judicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus

b). On fait observer que l'arbitre Pison fut choisi par Fannius seul. Cicéron le dit à deux reprises. Au § 12 : « *Tu* (sc. Fannius) *arbitrum et judicem sumebas !* » Et au § 26 : « Dic nunc Roscium petisse ut familiarem suum sumeres arbi- » trum ». Or, tout arbitre désigné dans un compromis était évidemment choisi d'un commun accord; les deux parties concouraient à sa nomination. Pison ne fut donc pas un arbitre conventionnel (1).

c). Enfin le procès devant l'arbitre eut le dénouement d'une instance judiciaire (2). L'arbitre Pison rendit une véritable sentence et prononça l'acquittement de Roscius. De plus, cet acquittement eut lieu à la suite d'une transaction par laquelle Fannius renonça à poursuivre son adversaire (3). S'il s'était agi d'une instance devant un arbitre conventionnel, cet arbitre aurait été dessaisi par l'effet de la transaction, et il n'eût pas été nécessaire de rendre un jugement, car le compromis disparaît par l'effet d'une simple transaction. Si donc Pison

---

aut amittamus; ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil neque tantum, quantum postulavimus, consequamur. Ei rei ipsa verba formulae testimonio sunt. Quid est in judicio ? Directum, asperum, simplex : Si paret HS ococo dari. — Hic nisi planum facit HS ococo ad libellam sibi deberi, causam perdit. Quid est in arbitrio ? Mite, moderatum. Quantum aequius et melius sit dari. Ille tamen confitetur plus se petere quam debeatur, sed satis superque habere dicit, quod sibi ab arbitro tribuatur. Itaque alter causae confidit, alter diffidit » (P. R. C., §§ 10 et 11).

(1) Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, p. 809, note 13.

(2) Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, p. 809, note 13.

(3) Dic pactionem fecisse (Roscium), ut absolveretur ! non pepigit. Quaere, quare sit absolutus ! quod erat summa innocentia et integritate. Quid enim factum est ? Venisti domum ultro Rosci, satis fecisti; quod temere commisisti, in judicium ut denuntiaret, rogasti, ut ignosceret; te affuturum negasti, debere tibi ex societate nihil clamitasti. Judici hic denuntiavit; absolutus est. Tamen fraudis ac furti mentionem facere audes ? Perstat in impudentia. « Pactionem enim, inquit, mecum fecerat ». Idcirco vi delicet ne condemnaretur). (P. R. C., § 26).

en rendit un, c'est que pour le dessaisir un jugement était nécessaire et qu'il était un arbitre judiciaire (1).

Tels sont les arguments en faveur de l'*arbitrium pro socio* (2).

Le premier se réduit à affirmer que ces mots du § 11, « quantum aequius et melius sit dari repromittive » sont les termes mêmes de la formule délivrée à Fannius par le préteur. Mais Cicéron ne le dit point, et même il n'a pu avoir la pensée de le dire, car alors il aurait présenté la formule de Fannius qui serait celle d'un *arbitrium* comme exactement semblable à celle des *arbitria*. Or, cela n'est point; la formule des *arbitria* est, d'après lui, ainsi conçue :

« Quantum aequius et melius sit dari ».

Et celle de Fannius :

« Quantum aequius et melius sit dari *repromittive* ».

Ce dernier mot *repromittive* ne se trouve pas dans le texte présenté par Cicéron d'une formule d'*arbitria*, et, par suite, ne se réfère point à la formule de ces actions (3).

---

(1) L. 32, §§ 3, 5, 4-8.

(2) Tels sont les arguments, principaux du moins, car on a fait encore valoir d'autres considérations secondaires; mais elles sont peu décisives, et leur portée restreinte ne mérite pas qu'importance y soit attachée. Ainsi Schmidt (*op. cit.*, p. 3) fait observer qu'au § 26, Cicéron, examinant les motifs d'exercer l'*arbitrium*, avance que Fannius lui-même a avoué par là que rien ne lui était dû *ex societate*. Si cette considération devait mettre fin au procès, c'est qu'il avait agi *ex societate* et que cet *arbitrium* était un *arbitrium pro socio*. Du reste, ajoute Schmidt, le procès étant engagé à la suite d'une société, cette action était tout naturellement indiquée.

(3) On pourrait insister cependant et demander pourquoi Cicéron a entrepris la comparaison entre les *judicia* et les *arbitria*. Probablement pour montrer qu'il y avait des procédures où l'on appréciait le droit plus rigoureusement que dans d'autres ; que dans les premières on réclamait une *pecunia certa* et que Fannius en n'y recourant point s'est trahi et a

Du reste, on peut affirmer avec Baron qu'il n'y avait point à Rome une formule d'*arbitrium* conçue avec les mots *repromittive*. Ils étaient parfaitement inutiles, étant donné la nature même de cette action de bonne foi. Le juge y avait le droit de forcer une des parties à *repromittere*, à *dare* une *cautio* et il n'était point nécessaire que la formule l'y autorisât; cela rentrait dans ses pouvoirs normaux. Ce principe est posé par la loi 38 pr. 17-2.

« Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro » damno vel lucro pendente ex ea societate; quod Sabinus in » omnibus bonae fidei judiciis existimavit sive generalia sunt » veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae, sive specialia » veluti mandati, commodati, depositi » (1).

Baron tire un autre argument contre l'hypothèse d'un *arbitrium pro socio* de la particule *ve* qui se trouverait dans la formule. Si cette formule « Quantum aequius et melius sit dari repromitive » eût appartenu à une instance ordinaire, le juge aurait eu le choix, à cause de cette particule *ve*, soit de condamner le défendeur à une somme d'argent, soit de le forcer à *promittere*. Or cela est contraire à la loi 19, 21-2 :

« Si dupla non promitteretur et eo nomine agetur, dupli condemnandus est reus ».

De cette loi, il faut aussi rapprocher la loi 11, § 9, 19-1.

« Idem ait, non tradentem, quanti intersit, condemnari; satis autem non dantem, quanti plurimum auctorem periclitari oportet ».

---

dévoilé que 50,000 sesterces, c'est-à-dire une *pecunia certa*, ne lui étaient point dues. C'est donc au point de vue de la détermination de l'objet que se placerait Cicéron dans sa comparaison. Par *arbitria*, il entendrait les instances où l'on ne demande point une somme fixe et, par suite, aussi bien celles devant un *arbiter compromissarius* que celles devant un *arbiter* judiciaire.

(1) Même idée dans deux formules conservées dans la *lex Rubria*, ch. 20.

Au contraire, l'arbitre conventionnel n'étant lié par aucun ordre légal et jugeant d'après l'équité peut, à son choix, imposer soit un *dare* immédiat, soit une simple promesse (1).

Mais alors, dira-t-on, à quoi se réfèrent ces mots « Quantum aequius et melius sit dari repromittive », qui font évidemment allusion par leurs apparences techniques à un acte juridique? Uniquement au compromis dont Cicéron vient de parler. Simple pacte, le compromis était accompagné d'une double stipulation; par une double promesse, chacun des compromettants s'engageait à payer une somme pour le cas où il refuserait d'exécuter la décision de l'arbitre; c'est-à-dire de payer le « quantum aequius et melius sit, vel dari, vel repromitti ». L'arbitre jugeant d'après l'équité pouvait condamner soit à *dari*, soit à *repromittere*, la grande étendue de ses pouvoirs lui permettait d'imposer l'exécution immédiate de l'obligation ou de n'exiger qu'une simple promesse d'exécuter. Ces expressions « quantum aequius et melius sit dari repromittive » avaient probablement fait partie de la stipulation de peine que Fannius et Roscius avaient jointe à leur compromis; leur forme juridique et nette précisait les pouvoirs de Pison et Cicéron devait naturellement les rappeler à propos du compromis et des pouvoirs confiés à l'arbitre (2).

---

(1) Baron, *op. cit.*, p. 142.

(2) Le compromis n'était pas à Rome un contrat spécial ayant des règles propres. Ce n'était pas d'avantage un pacte prétorien; le préteur ne l'avait muni ni d'une action ni d'une exception (l. 2, 4-8). Qu'était-ce donc? C'était un simple pacte par lequel plusieurs personnes entre qui un différend s'est élevé, donnent mission à une ou plusieurs autres érigées en arbitres de le trancher. Aussi, d'après les principes du droit civil, le compromis n'avait aucune sanction. Cependant il était nécessaire de le valider; il s'agissait de le rendre obligatoire vis-à-vis des parties d'abord, vis-à-vis de l'arbitre ensuite.

a) Vis-à-vis des parties, les Romains usèrent de trois procédés :

1° *Stipulation :* Les parties promettaient dans la forme de la stipulation

Le second argument relatif au choix unilatéral de l'arbitre a encore peu de valeur ; le mot *sumere* ne signifie pas nécessairement *choisir* seul un juge ; et l'on peut, sans faire de contresens, le traduire dans les §§ 12 et 26 du Pro Roscio par *accepter*.

Du reste, ce mot ne mérite pas l'importance qu'on lui donne ;

---

de comparaître devant l'arbitre et de se soumettre à sa décision. La partie défaillante ou refusant d'exécuter le jugement arbitral, était poursuivie à raison de sa promesse qu'elle n'exécutait pas et condamnée au *quantum interest* évalué soit par le juge dans l'action *ex stipulatu*, soit par la partie adverse dans la *condictio certi*. La menace d'une condamnation forçait donc indirectement les deux parties à observer les termes du compromis (l. 27, § 7, 4-8).

2° *Stipulation de peine :* Dans ce procédé elles faisaient la même promesse que précédemment ; seulement elles évaluaient à l'avance le *quantum interest*. Elles ajoutaient une peine pour le cas où l'une d'elles manquerait à son obligation. Tantôt du reste cette peine s'ajoutait à la condamnation résultant de la promesse ; tantôt elle n'était que l'équivalent de cette condamnation. Dans ce cas elle évitait au juge le soin de fixer le *quod interest ;* il n'avait qu'à condamner à la peine portée dans la stipulation de peine. Ce procédé était le plus usité. Il présentait les meilleurs avantages ; il était très rapide car le juge n'avait pas, chose souvent difficile, à évaluer le montant du préjudice ; il était précis, car qui, mieux que les parties, pouvait apprécier le *quantum interest ?* Il était enfin sûr, car elles pouvaient majorer ce *quantum*, rendre préférable pour chaque partie l'exécution du compromis à une condamnation bien supérieure ; indirectement elle assurait donc beaucoup mieux l'accomplissement de la transaction (l. 32 pr., 4-8).

3° *Existence d'une peine non stipulée :* Le compromis pouvait enfin être indirectement validé en l'absence de toute stipulation, par l'existence d'une peine pour le cas où il ne serait pas exécuté. Par exemple : Deux personnes sont respectivement créancières l'une de l'autre. Elles font sur une affaire différente un compromis et déclarent par simple pacte que celle qui y contreviendra ne pourra réclamer sa créance. Ce pacte, indépendamment de toute stipulation, renferme, qu'on le remarque bien, une véritable peine. Si le compromis n'est pas exécuté par une des parties, celle-ci aura réalisé la condition qui affectait le pacte conditionnel *de non petendo*. Par suite, si elle agit pour réclamer sa créance, elle sera

dans la bouche de Cicéron, il est dépourvu de signification technique.

Enfin, même en faisant cette concession, on est loin d'aboutir à la conclusion de Bethmann-Hollweg, car choisir un juge se disait *ferre judicem;* et le verbe *sumere*, au contraire, à ce qu'il semble, désignait spécialement le choix d'un arbitre

---

repoussée par l'exception *pacti conventi.* La crainte de perdre ainsi sa créance la forcera donc à exécuter le compromis : celui-ci sera validé indirectement et d'autant plus validé que sera supérieure à la valeur du compromis la créance que l'inexécution de la transaction doit lui faire perdre (l. 11, §§ 2 et 3, 4-8).

b). Vis-à-vis de l'arbitre. Restait à forcer l'arbitre à rendre sa sentence. Bien entendu nul ne pouvait être arbitre malgré lui, mais une fois cette mission acceptée, il fallait pouvoir obliger à tenir la promesse. Pour cela les textes nous signalent deux procédés :

1° *La stipulation de peine :* L'arbitre s'engageait à juger et promettait une peine pour le cas où il romprait son obligation.

2° *L'intervention du préteur :* Le préteur considéra la promesse de juger faite par l'arbitre comme une obligation analogue à celle du juge ordinaire et les moyens qu'il employait contre ce dernier pour le forcer à juger, il les appliqua à l'arbitre (l. 3, § 2, l. 15 pr., 4-8). Sur la plainte de la partie il intervenait *cognita causa* et en vertu de son *imperium* enjoignait à l'arbitre de rendre sa sentence. Si celui-ci obéissait, tout était pour le mieux ; s'il refusait, il le condamnait à l'amende (l. 32, § 12, 4-8), ou très probablement exerçait contre lui soit une saisie, soit une prise de corps. Nous savons en effet que, vis-à-vis du juge ordinaire, il avait ces trois moyens de coercition que l'on désignait sous le nom de *jus mulctae dictionis, pignoris capionis, prehensionis.* Mais pour que le préteur intervînt il fallait deux conditions : d'abord que l'arbitre eût accepté sa mission ; puis, que le compromis fût *plenum*, et pour que le compromis fût *plenum* il fallait : 1° que les deux parties encourussent toutes deux une peine éventuelle (l. 11, § 4, 4-8) ; 2° que l'exigibilité de la peine fût possible. Par exemple si l'existence éventuelle de la peine avait été subordonnée à une condition ou à l'arrivée d'un terme, il fallait que le terme fût arrivé ou la condition réalisée (l. 11, § 5, 4-8) ; 3° que la peine ne fût pas encore encourue. Ainsi, si avant la décision de l'arbitre, une des parties manque à son engagement, la peine est encourue ; le préteur délivrera bien la formule de l'*act. ex stipulatu* (s'il y a eu stipulation) contre le contrevenant, mais il n'interviendra pas pour forcer l'arbitre à juger.

conventionnel. Cela résulte de deux textes de Papinien et de Paul (1), cités par Rudorff et après lui par Baron (2).

La troisième considération présentée par Bethmann-Hollweg, a le tort de trancher dans un certain sens une question de fait fort douteuse. Cet auteur suppose que les deux adversaires se seraient mis d'accord pour arrêter l'instance et qu'ils n'auraient pu y réussir sans le jugement de Pison, parce qu'il s'agissait d'un *arbitrium* judiciaire et non d'un arbitrage conventionnel.

Mais justement cette convention, cette *pactio*, n'était point reconnue par Roscius. Cicéron, son avocat, la niait (3) ; et, à l'en croire, l'instance n'aurait pas été arrêtée. Roscius aurait comparu devant le juge et se serait refusé à laissé tomber l'affaire avant d'avoir fait constater son innocence.

Schmidt échappe à ce reproche ; qu'il y ait eu ou non une *pactio*, dit-il, l'absolution ne pouvait avoir lieu que si l'on agissait *jure praetorio*, en vertu de la règle *omnia judicia sunt absolutoria*, car il est très douteux que ce principe s'appliquât à l'arbitre domestique (4). Schmidt, du reste, admet l'existence d'une *pactio*. Cicéron, dit-il, était de mauvaise foi en la niant ; car, en réalité, Fannius n'abandonna sa poursuite qu'en échange de 100,000 sesterces. Si, comme le prétend Cicéron, il avait reconnu ses torts et s'était mis à la discrétion de Roscius, celui-ci n'aurait pas consenti à lui payer cette somme. Cicéron légitime ce paiement en disant qu'il avait pour but d'indemniser Fannius de ses peines comme *cognitor* dans l'action de la loi Aquilia. Mais cela n'a pas de vraisemblance ; on ne peut admettre un salaire aussi élevé. En réalité, Roscius

---

(1) « Arbiter ita sumtus ex compromisso », l. 33, 4-8. — « ....Ex compromisso autem judex sumtus rem judicatam non facit.... ». Paul, *Sent. Recept.*, V, 5ª, § 1.

(2) Rudorff, *R. Rechtsg.*, t. II, § 9, note 3. Baron, *op. cit.*, p. 144.

(3) P. R. C., § 26.

(4) V. Schmidt, *op. cit.*, p. 5, note 12.

avait acheté le silence de Fannius et les deux parties avaient fait une véritable transaction.

Les considérations de Schmidt sont justes, comme on le verra tout à l'heure, mais la valeur de son argument n'en est pas augmentée. Roscius avait intérêt à ce que l'affaire ne fût pas étouffée, pour que son innocence éclatât publiquement; la transaction ne devait donc pas avoir pour but, dans l'espèce, d'arrêter l'instance, mais de la laisser aboutir à l'acquittement de Roscius (1).

Du reste, comme nous le verrons, nous ne croyons pas que Pison ait porté un jugement; et si notre affirmation est exacte, toute l'argumentation de Schmidt et de Bethmann-Hollweg ne tient plus debout.

On peut aussi adresser à l'opinion de Bethmann-Hollweg des critiques qui la condamnent à notre avis sans rémission.

a). C'est d'abord le passage déjà cité où Cicéron affirme que Roscius et Fannius firent un *compromis*. Il ne peut être expliqué d'une façon satisfaisante dans la conjecture d'une action *pro socio*.

Schmidt voit dans ce *compromissum* une double stipulation analogue à la *sponsio poenalis tertiae partis* de la *condictio certae pecuniae creditae*. D'après lui cette *sponsio* existerait dans les actions de bonne foi comme dans cette *condictio* (2).

---

(1) V. Schmidt, *op. cit.*, p. 6.

(2) Grammaticalement parlant, dit Schmidt, le mot *compromittere* signifie promettre ensemble. Tel est le sens que lui donne le § 12, XII du *de Divin.* de Cicéron. Cette double promesse, ayant pour but d'empêcher les procès injustes en frappant d'une peine les plaideurs téméraires, existait jadis dans l'*actio sacramenti;* elle resta encore en usage sous le nom de *sponsio* après la loi Ebutia. Il était d'usage, ajoute-t-il, et nullement contraire au droit, que les parties, outre le montant de la condamnation, stipulassent une peine non seulement dans un *judicium stricti juris*, mais aussi dans un *arbitrium* (Schmidt, *op. cit.*, p. 4).

C'est là une affirmation sans preuve, elle n'est confirmée par aucun texte.

D'autres, comme Bethmann-Hollweg, se tirent d'embarras plus aisément en voyant dans le mot *compromissum* une expression de la langue courante employée ici sans précision et dépourvue d'une signification technique. Probablement, dans la pensée du jurisconsulte allemand, *compromissum facere* signifierait ici transiger avec son droit, modérer sa prétention; c'est là un sens que nous n'avons point trouvé dans les lexiques (1).

b). Dans le § 25, Cicéron reproche à Fannius de n'avoir point exercé l'action *pro socio :*

« *Cur non arbitrum pro socio adegeris Q. Roscium* » (2) ?

Cicéron fait ici allusion à la deuxième procédure, celle où il plaida, et non à la première instance qui nous occupe en ce moment; mais cela importe peu. Si en effet la première instance avait été un *arbitrium pro socio*, les principes romains défendaient que la seconde fût également un *arbitrium pro socio*, et Cicéron n'aurait point reproché à son adversaire de n'avoir point exercé une seconde fois l'action *pro socio*. Son reproche, reproche d'un jurisconsulte, suppose que Fannius n'avait point déjà exercé cette action.

Voici l'explication de Bethmann-Hollweg. Cicéron, dit-il, feignait d'ignorer un des principes les plus connus et les plus

---

(1) Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, p. 809, note 12.

(2) Quae cum ita sint, cur non arbitrum pro socio adegeris Q. Roscium ? Formulam non noras ? Notissima erat, etc. Quem per arbitrum circonvenire non posses, cujus de ea re proprium non erat judicium, hunc per judicem condemnabis... ? » Cicéron reproche à Fannius d'exercer à ce moment, dans l'instance actuelle, la *condictio* au lieu de l'action *pro socio*. Du reste si Cicéron faisait allusion à l'instance arbitrale précédente, il n'aurait pas dit « quem per arbitrum circumvenire *non posses* », mais « *non potuisses* ». (Schmidt, *op. cit.*, p. 3, note 7).

importants du droit romain. Cette explication est très simple ; elle est peut-être moins satisfaisante (1).

c). Fannius, après avoir réclamé 50,000 sesterces par l'action *pro socio* ne pouvait plus les réclamer ni par cette action, ni par une *condictio;* et puisqu'il exerça une *condictio certi* dans la deuxième procédure, il s'ensuit que la première n'était point un *arbitrium pro socio.*

Cette question, du reste, est très délicate ; il nous faut dire un mot pour l'éclaircir de la règle *ne bis de eadem re sit actio*, et démontrer qu'après avoir réclamé un droit par une action quelconque on ne pouvait plus le réclamer au moyen d'une *condictio.*

La règle *ne bis de eadem re sit actio* signifiait sans conteste qu'on ne pouvait réclamer deux fois le *même droit, par la même action* et *pour la même cause;* ainsi après avoir réclamé 50,000 sesterces par l'action *pro socio* en se fondant sur la société, on ne pouvait agir une seconde fois, pour 50,000 sesterces, par l'*actio pro socio*, et en invoquant le contrat de société.

Elle signifiait aussi qu'on ne pouvait, *en employant une action différente*, réclamer une seconde fois le *même droit basé sur la même cause;* par exemple exercer l'action *mandati*, pour réclamer, en se basant sur les mêmes causes, un droit déjà réclamé par l'action *negotiorum gestorum* (2).

---

(1) D'après Schmidt, le reproche de Cicéron serait un reproche d'orateur, car on s'explique fort bien que Fannius n'ait pas exercé l'action *pro socio* dans la deuxième instance; il l'avait déjà exercée; il est même probable que Cicéron, pour mieux démontrer que Roscius ne devait rien *ex societate*, devait faire ressortir que Fannius avait déjà intenté l'action *pro socio* puis s'était désisté. Le ch. IX du discours contient à cet endroit une lacune. Schmidt propose de la combler en restituant ainsi ce texte mutilé : Nam quo tu tempore illa formula uti noluisti, nihil hunc in societatem fraudis fecisse ostendi.... (sti *at ea jam usus est*, fecit pac)... tionem... (Schmidt, *op. cit.*, p. 4, note 7).

(2) De eadem re agere videtur, et qui non eadem actione agat, qua ab

Enfin on agissait *de eadem re* lorsqu'on réclamait une seconde fois le même droit avec une action qui, dans sa formule, n'exprimait point de cause. Une pareille action en effet peut s'appuyer indifféremment sur toute cause susceptible de justifier le droit invoqué ; elle est, suivant l'expression allemande, *abstraite* ou si l'on veut, générale ; elle est censée par conséquent porter en elle toutes les actions qui tendent au même objet, et si cet objet peut être réclamé pour des motifs divers, elle est censée faire valoir tous ces motifs ; si donc une action a été déjà excercée, l'action abstraite exercée à sa suite contiendra dans sa généralité la prétention déjà présentée au juge. Ainsi on revendique une chose en alléguant telle cause pour justifier le droit de propriété ; on perd ; on ne pourra la revendiquer qu'en alléguant une cause nouvelle ; si cette cause nouvelle n'est pas précisée et si l'on emploie une action abstraite, on est censé présenter une une seconde fois la première cause et l'on agit *de eadem re*. A l'inverse, une fois qu'on a revendiqué *sine causa expressa*, toute revendication est désormais impossible, car toute cause alléguée serait censée avoir été déjà présentée dans la première action. En un mot une action sans cause exprimée peut être considérée comme un faisceau d'actions basées chacune sur une cause particulière, et ces actions sont en aussi grand nombre que les causes génératrices du droit. Une telle action est impossible exercée après une action spéciale ayant même objet, et elle rend toute action spéciale irrecevable dès qu'elle a été exercée. Des textes importants donnent à ces conclusions logiques la réalité d'un principe positif.

---

initio agebat, sed etiamsi alia experiatur, de eadem tamen re. Utputa si quis mandati acturus, cum ei adversarius judicio sistendi causa promisisset, propter eamdem rem agat negotiorum gestorum vel condicat, de eadem re agit. Recteque ita definietur, eum demum de ea re non agere, qui prorsus rem ipsam non persequitur : ceterum cum quis actionem mutat et experitur, dummodo de eadem re experiatur, etsi diverso genere actionis quam instituit, videtur de ea re agere (l. 5, 44-2).

C'est d'abord la loi 11, § 2, 44-2.

« Si quis autem petat fundum suum esse eo, *quod Titius eum* » *sibi tradiderit*, si postea *alia ex causa* petat *causa adjecta*, non » debet summoveri exceptione ».

Ici on n'agit point *de eadem re*, car si les deux revendications ont même objet, elles se basent sur des causes différentes.

Au contraire toutes les causes justifiant le droit sont invoquées dans l'exemple de la loi 14, § 2, 44-2, où l'action est abstraite.

« Cum in rem ago *non expressa causa*, ex qua rem meam » esse dico, *omnes causae una petitione adprehenduntur* ».

La *condictio*, et en particulier la *condictio certi*, était une action abstraite; c'était l'action abstraite par excellence; il était donc impossible de l'exercer comme le fit Fannius, si, auparavant, on avait exercé dans le même but une autre action abstraite ou concrète comme l'action *pro socio*. Il est donc inadmissible que Fannius ait eu recours à cette dernière (1).

Cette controverse tranchée, reprenons le récit.

Fannius ne se présenta point devant l'arbitre. Il renonça à sa demande et chargea même Roscius d'avouer à Pison qu'il avait agi follement et s'était à la légère estimé créancier. Roscius se présenta seul devant Pison, lui expliqua qu'après les

---

(1) On objectera peut-être que l'action *pro socio* et la *condictio certi* n'avaient point eu le même objet et que, par suite, en exerçant la seconde, on n'agissait point de *eadem re*. L'action *pro socio* en effet tendait à réclamer la moitié du champ abandonné par Flavius et la *condictio* à obtenir 50,000 sesterces. Cela est inexact. En réalité l'objet était le même, car les 50,000 sesterces représentaient la valeur de la moitié du champ; il était permis au demandeur de liquider son droit et, par exemple, au lieu d'un champ de demander sa valeur; dans le second cas, son action avait même objet que dans le premier. Ce droit d'évaluation ne saurait être mis en doute en présence d'une loi célèbre sur laquelle nous reviendrons, la loi 9, 12-1.

aveux de Fannius le compromis n'avait plus d'objet, qu'il n'y avait plus qu'à le laisser tomber. Devant ces déclarations, l'arbitre, *sans rendre aucune sentence*, déclara l'affaire terminée (1). On ne doit point du reste conclure de là que l'arbitre n'était pas un *arbiter compromissarius;* en principe, il est vrai, sa sentence, pour être valable, devait être rendue en présence des deux parties, sinon elle tombait et la peine était encourue par la partie défaillante; mais rien n'empêchait les parties d'écarter ce résultat en en décidant autrement (2).

Cependant, chose étrange et à laquelle on ne s'attendait guère, les deux adversaires firent sur le conseil de l'arbitre une nouvelle transaction; Fannius s'engagea à partager ce qu'il pourrait tirer de Flavius avec Roscius, et celui-ci en retour consentit à payer à son ancien associé 100,000 sesterces. Ainsi Roscius, qui avait été acquitté, se reconnaissait débiteur et, chose plus étrange encore, devait payer non pas ce qui lui était réclamé, soit 50,000 sesterces, mais le double, 100,000. C'était, d'après les termes de la transaction, pour indemniser Fannius des frais et des ennuis de la poursuite contre Flavius (3).

---

(1) L'arbitre Pison se contenta de renvoyer Roscius sans le condamner; il ne porta point de sentence et il faut prendre en ce sens l'expression de Cicéron *absolutus*. Si Pison avait été un arbitre judiciaire, il aurait été contraint de juger, à moins de jurer *sibi non liquere;* mais arbitre conventionnel, il lui était permis de ne pas statuer, à moins que les parties ne l'exigeassent et que le préteur n'intervînt. Du reste, cette question de savoir si Pison rendit un jugement est très discutée. La plupart des commentateurs admettent l'hypothèse d'une sentence, mais elle est niée par Ménard, Hanedoes, Baron. On ne peut, du reste, regarder la transaction imposée par Pison comme une sentence, quoique *rogare* signifie parfois *sententiam ferre*. Il signifie plus souvent comme ici, *jubere* (Voy. Hanedoes, *op. cit.*, p. 8).

(2) L. 27, § 4, 4-8. Baron, *op. cit.*, p. 146. Rudorff, R. Rechtsges, t. II, § 68, p. 224.

(3) Tu, Piso; tu enim Q. Roscium pro opera ac labore, quod cognitor fuisset, quod vadimonia obisset, rogasti, ut Fannio daret H S CCCIↃↃↃ

Cela se passait trois ans avant notre procès, un an après la transaction avec Flavius (1).

Cette convention ne peut guère s'expliquer que par un expédient de plaideur habile. Selon toute apparence, voici en réalité ce qui était arrivé :

Pison était un juge intègre. Impartialement il trouvait Roscius coupable d'indélicatesse envers un ancien associé et était décidé à trancher le différend contre lui; mais il était son ami et répugnait à le condamner. Une condamnation eût été pour Roscius un grave préjudice et l'eût atteint plus que tout autre; c'était un comédien, favori de la foule, et jusque dans les actes de sa vie privée, il était l'objet de l'attention publique. Une condamnation de Roscius n'aurait point passé inaperçue; elle eût fait grand bruit et eût terni la réputation qu'il avait à la

---

hac conditione ut, si quid ille exegisset a Flavio, partem ejus dimidiam Roscio dissolveret. (P. R. C., § 38).

Ce chiffre a paru exagéré; il est en tout cas invraisemblable si, comme Cicéron l'affirme, cette somme était attribuée comme simple salaire et indemnité. Lambinus restitue ccIↃↃ IↃↃ; Manuce de même; Ernesti propose IↃↃↃ; Puchta (*op. cit.*, p. 325) propose le même chiffre. Mais tout cela est arbitraire; cette somme est indiquée par tous les manuscrits. Elle nous montre que l'explication donnée par Cicéron n'était qu'un prétexte, et qu'en réalité Roscius ne récompensait pas Fannius de ses peines, mais lui donnait gain de cause. Du reste, pour lever tout doute sur la réalité de ce chiffre, il suffit de remarquer que l'engagement de Roscius donna lieu à un nouveau procès, celui où plaida Cicéron, et que l'affaire, dit celui-ci, était justement de 100,000 sesterces. « Leve nequit hoc nomen est? H S cccIↃↃↃ sunt. Quo modo cccIↃↃↃ in codice accepti et expensi non sunt? » (P. R. C., § 4). L'affaire était donc de 100,000 sesterces, mais en réalité Fannius n'en réclamait que 50,000, parce que Roscius s'exécuta pour la moitié de son engagement. (Voy. Schmidt, *op. cit.*, p. 9).

(1) Repromittis tu *abhinc triennium* Roscio. Quid? recita istam restipulationem clarius. Attende, quaeso, Piso.— Quid enim restipulatio clamat? *Quod a Flavio abstulero, partem dimidiam inde Roscio me soluturum spondeo.* Tua vox est Fanni. (P. R. C., § 37.)

ville d'honnête homme. Pison lui fit sentir la légèreté de sa conduite, lui conseilla, le pria même, au nom de l'amitié, d'échapper à une fâcheuse affaire et d'acheter le silence de Fannius, même au prix des plus grands sacrifices. Roscius suivit ce conseil; Fannius fut gagné, il consentit à proclamer bien haut l'intégrité de son associé; mais il fit payer cher cette démarche, il exigea que Roscius lui abandonnât 100,000 sesterces (1). En retour il consentait et s'engageait par stipulation à partager avec lui ce qu'il obtiendrait plus tard de Flavius.

Au premier abord, cet accord semble favorable à Fannius (2); il n'en est rien; en réalité il fut trompé dans ses espérances et Roscius, conseillé par des jurisconsultes habiles, se tira d'une fâcheuse affaire en plaideur consommé. Fannius, en effet, eut l'imprudence de promettre par stipulation; un écrit la constata; elle fut lue à l'audience; elle était ainsi conçue : *Quod a Flavio abstulero, partem dimidiam inde Roscio me soluturum spondeo*. Roscius, au contraire, promit par simple pacte; il ne se lia point juridiquement et même ne consentit à payer les 100,000 sesterces que si Fannius lui communiquait sa part dans l'indemnité de Flavius. Sa situation était excellente; on ignorait encore si Flavius était solvable et à combien il serait condamné. Si l'indemnité par lui due s'élevait à plus de 100,000 sesterces, Roscius pouvait en réclamer la moitié, quitte à payer en retour 100,000 sesterces à Fannius. Si elle était au contraire

---

(1) Il faut bien remarquer que les expressions de Cicéron sont formelles. Si Roscius consentait à payer 100,000 sesterces, c'était seulement pour désintéresser Fannius de sa peine comme *cognitor*. Il voulait sauvegarder les apparences et paraître ne rien devoir à raison de la transaction avec Flavius. Il ne faut donc pas croire, comme le font certains interprètes, qu'il reconnaissait devoir 50 comme associé et 50 comme indemnité pour les poursuites contre Flavius.

(2) Bethmann-Hollweg regarde Pison comme suspect de partialité envers Fannius et comme faisant une proposition conforme à ses intérêts (*op. cit.*, p. 808, note 11).

inférieure, il avait intérêt à garder le silence et son adversaire ne le pouvait point attaquer, car il n'était point obligé en vertu d'un acte juridique.

Fannius satisfait reprit sa poursuite contre Flavius, et le chevalier Cluvius ayant rendu son jugement, il obtint 100,000 sesterces qui lui furent comptées.

En résumé, Flavius avait abandonné aux deux associés 200,000 sesterces. Chacun en possédait la moitié; mais tandis que Roscius était resté inactif, Fannius s'était dépensé en démarches devant les tribunaux et méritait salaire; l'acteur consentit, pour le récompenser, à lui compter 50,000 sesterces (1). Fannius, après cela, aurait dû se déclarer satisfait; sa part était la plus grosse; il se laissa cependant saisir par la tentation du gain; il se souvint que Roscius lui devait encore 50,000 sesterces aux termes de la transaction proposée par Pison; il lui rappela sa promesse, et, devant le refus de Roscius, n'hésita point à courir les chances d'un nouveau procès.

Il choisit parmi les actions qui s'offraient à lui la *condictio certae pecuniae* (2). Cette action est dangereuse mais il espérait l'appuyer sur le témoignage de ses livres, et, de plus, elle attribuait au plaideur qui triomphait, outre le gain du procès,

---

(1) Falsum subornavit testem Roscius Cluvium! Cur tam sero? Cur, quum altera pensio solvenda esset, non tum, quum prima? Nam jam antea H S ɪɔɔɔ dissolverat (P. R. C., § 51).

Hotman rapporte ce passage à la dette de Flavius envers Fannius en vertu du jugement de Cluvius. L'erreur est manifeste et elle a été relevée par München, Schmidt, etc. (Schmidt, *op. cit.*, p. 9 et note 20). Manuce ne l'avait point commise.

(2) Hotman, *in arg.* — Ménard, *ad. not.* — Unterholzner, *op. cit.* — Puchta, *op. cit.*, p. 322.— Heimbach, *op. cit.*— Klotz, *in arg.*— Schmidt, *op. cit.*, p. 8. — Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, p. 814. — Baron, *op. cit.*, p. 154.

une somme égale au tiers de la demande à titre de peine. Cette considération toucha sans doute son avarice.

On s'étonnera peut-être qu'il n'ait point eu recours à l'action *praescriptis verbis*. La transaction à la suite de laquelle il agissait constituait un contrat innommé de la forme *facio ut des;* il avait *fait* une promesse pour obtenir un *paiement* de Roscius, et l'on sait que les contrats innommés avaient pour sanction naturelle l'action *praescriptis verbis*. Mais il suffit de se rappeler l'introduction lente de cette action, dans la procédure romaine, pour voir qu'on n'y pouvait songer; on pourrait discuter si elle existait déjà à l'époque de Cicéron (1); à coup sûr elle n'était point appliquée à ce moment aux contrats innommés de forme *facio ut des :* ce ne fut que très tard qu'on l'y étendit et même au temps de Paul, c'est-à-dire environ trois siècles plus tard, elle n'avait point reçu, sans conteste, cette extension (2).

Cicéron n'affirme point que l'action de Fannius fût une *condictio certae pecuniae;* il ne la désigne point sous ce nom technique, mais tout doute est impossible. Les détails qu'il nous fournit sur elle, le caractère qu'il lui attribue se réfèrent tous à une *condictio certae pecuniae*. Ainsi sa formule a une *intentio* conçue en ces termes :

« Si paret H S ıɔɔɔ dari ».

son objet est une *somme d'argent*, cette somme est *certaine* et les plaideurs ont fait une *sponsio poenalis tertiae partis* (3).

---

(1) V. Rudorff, R. Rechtsges, t. II, § 49, note 19.— Pernice, Marcus Antistius Labeo. Das Römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit. Halle, 1878, 2 vol., t. I, p. 481.

(2) L. 5, § 3, 19-5.

(3) « Pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per judicem... ». (P. R. C., § 10.) — « Praeterea enim, quem ad modum certam pecuniam petere possit, non reperio ». (P. R. C., § 13). — « Pecunia petita est certa ». (P. R. C., § 14).

Nous ne connaissons point le nom du préteur qui délivra la formule; le juge fut encore Pison, qui prit pour assesseur M. Perperna (1). Quant aux avocats, Cicéron défendit la cause de Roscius, et Saturius celle de Chaerea. Saturius était, paraît-il, un avocat habile. Dans ce procès Cicéron ne lui ménage point les épigrammes, mais c'était querelle de barreau; dans le Pro Cluentio il s'est plu à rendre hommage à sa loyauté et à louer en lui un juge éclairé et intègre (2).

Telles sont les circonstances qui précédèrent le discours de Cicéron. En les dégageant des controverses dont elles sont l'objet, on peut les résumer ainsi : Roscius et Fannius avaient un esclave commun, il fut tué par Flavius de Tarquinies; Fannius exerça seul contre le meurtrier les deux actions de la loi Aquilia qui appartenaient aux deux associés. Roscius transigea avec Flavius et reçut de lui une valeur de 100,000 sesterces. Fannius lui ayant réclamé la moitié de cette somme, le différend fut porté devant un arbitre conventionnel, Pison; Pison amena une transaction entre les deux associés; Roscius fut absous à la condition de payer à Fannius 100,000 sesterces. Celui-ci à son tour promit par stipulation de partager ce que Flavius lui donnerait après sa condamnation. Roscius ne remplit que la moitié de sa promesse, Fannius n'exécuta point la sienne et garda tout ce qu'il avait reçu de Flavius; il ne craignit pas cependant d'attaquer Roscius et de lui demander le solde de sa dette, 50,000 sesterces. L'action exercée fut la *condictio certae pecuniae*.

---

(1) Vir censorius et consularis. On a retenu de lui la longueur de son existence; il vécut en effet 98 ans et ne laissa paraît-il en mourant, dans le sénat, que sept des personnes qu'étant censeur « legerat ». Peut-être est-ce le même qui tua Sertorius; Cicéron en parle comme d'un juge incorruptible. (Val. Maxime, VIII, 13, 4.)

(2) P. R. C., §§ 4, 18. Pro Cluentio, §§ 107, 182.

L'étude du Pro Roscio comoedo se réduit en définitive à l'étude de la *condictio certae pecuniae*, appliquée à un ensemble de faits donnés; nous avons donc à étudier la *condictio certae pecuniae*, d'abord en général, c'est-à-dire avec ses règles propres en dehors des circonstances du procès de Roscius, puis dans son application à ce procès. Cette étude formera les deux chapitres de notre troisième partie.

TROISIÈME PARTIE

Etude interne du Pro Roscio au point de vue juridique.

CHAPITRE PREMIER

LA CONDICTIO « CERTAE PECUNIAE »

La *condictio certae pecuniae* fait partie de ce groupe des actions romaines appelées *condictiones*. Elle est soumise aux règles générales de ces actions et participe à leur nature commune, mais elle a aussi une nature propre et des règles spéciales. Pour la connaître d'une façon un peu approfondie, il ne faut donc point se borner à l'étudier en tant que *condictio certae pecuniae*, il importe aussi de l'envisager en tant que *condictio*. L'étude des *condictiones* en général et de leur nature est une des parties les plus délicates et les plus obscures du droit romain. Peu de questions ont soulevé autant de controverses et inspiré plus de théories. Nous n'avons point l'intention de l'examiner à fond ni la prétention de la résoudre. Notre but est seulement de donner un aperçu de la *condictio*, de sa nature, de son caractère, de ses effets, d'indiquer enfin tout ce qui est indispensable pour aborder l'étude de la *condictio certae pecuniae;* nous examinerons donc tour à tour :

1° La *condictio* en général;

2° La *condictio certae pecuniae*.

SECTION PREMIÈRE

NOTION GÉNÉRALE DE LA « CONDICTIO »

Définitions de la *condictio* d'après les textes : définition de Gaius, définition d'Ulpien, définition de Justinien.

Pour déterminer la nature de la *condictio*, les textes romains nous présentent trois définitions, de Gaius, d'Ulpien, de Justinien (1), et de nombreuses applications de cette action.

Voici les trois définitions :

« Appellantur, dit Gaius, autem in rem quidem actiones » vindicationes, in personam vero actiones, quibus *dari fierive* » *oportere* intendimus, condictiones » (2).

« Actionum genera, dit à son tour Ulpien, sunt duo : In rem » quae dicitur vindicatio, et in personam quae condictio appel- » latur. In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio » possidetur, petimus, et semper adversus eum est, qui rem » possidet. In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obli- » gatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum, et semper » adversus eumdem locum habet » (3).

» Appellamus autem, dit enfin Justinien, in rem quidem » actiones vindicationes, in personam vero actiones, quibus *dare* » *facere oportere* intenditur condictiones » (4).

C'est avec ces trois définitions combinées et les diverses applications de la *condictio* présentées par les textes, que nous

---

(1) Ce sont des définitions de la *condictio* à l'époque formulaire ; mais la *condictio* existait déjà sous les actions de la loi ; c'était la *legis actio per condictionem ;* elle subsista lors du changement de procédure et devint en se transformant sous le système formulaire la *condictio* dont nous recherchons la nature. Sur la *legis actio per condictionem*, voy. pp. 86 et suiv.

(2) Gaius, IV, § 5.

(3) Ulpien, l. 25 pr., 44-7.

(4) Inst., IV, 6, § 15.

devons déterminer la nature, les caractères et la fonction de cette action, la plus importante dans tout le système formulaire, et la moins connue de la science moderne.

En réalité, ces trois définitions se réduisent à deux, car celle de Gaius et celle de Justinien n'expriment au fond qu'une même idée présentée sous une forme grammaticale active dans l'une, passive dans l'autre; le texte des Institutes a été copié sur celui des commentaires de Gaius (1).

La définition d'Ulpien, très nette, affirme que la *condictio* désigne l'action personnelle, comme la *vindicatio* désigne souvent l'action réelle; *toutes les actions personnelles seraient donc des condictiones*. Cette notion est très claire et très simple, mais elle ne saurait nous satisfaire; malgré toute l'autorité d'un texte d'Ulpien, elle est contraire à la phraséologie constante du Digeste qui se garde bien d'appeler toute action personnelle *condictio* et réserve ce nom à un petit nombre d'actions (2); elle est même contraire, suivant la remarque de Savigny à d'autres textes de ce jurisconsulte (3). Il est aisé du reste d'expliquer cette acception si étendue de l'expression *condictio;* cette action était, en matière personnelle, l'action la plus usuelle, et pouvait même, en principe, fonctionner à la place de toutes; il était donc assez naturel de l'identifier avec l'action personnelle elle-même (4).

---

(1) Baron, *op. cit.*, pp. 238, 239.

(2) Par exemple, la définition d'Ulpien prise au pied de la lettre, nous ferait décider que toute action *in factum* est une *condictio;* nous recevrions alors un démenti formel de Gaius (IV, § 5).

(3) Savigny, System des heutigen Römischen Rechtes. Berlin, 1840-1849, 8 vol. Ouvrage traduit par Guénoux, sous le titre de Traité de Droit romain. Paris, 1842-1852, 8 vol.

(4) Au Code, une constitution de Valérien et Gallien semble donner de la *condictio* une définition aussi générale que celle d'Ulpien : « Condictio tibi quidem hoc casu, id est in personam actio, jure procedit ». Mais ce texte est bien moins affirmatif, car il signifie que, dans l'espèce proposée, il y

La définition de Gaius semble, au premier abord, conforme à celle d'Ulpien ; on serait tenté de la traduire ainsi : On appelle *condictiones* toutes actions personnelles, c'est-à-dire les actions *quibus dari fierive oportere intendimus.* Mais cette traduction et cette conception de la *condictio* étant manifestement fausses, notre attention doit se porter sur quelques termes de précision présentés par le texte de Gaius ; ce sont les mots « quibus dari » fierive oportere intendimus ». Nous devons leur attacher un grand prix, car par eux nous pourrons déterminer parmi les actions personnelles celles qui seules méritent le titre de *condictio;* cependant, comme le texte de Gaius n'est point d'une clarté trop limpide et dégagé de controverses, il nous servira non de base, mais plutôt de contrôle pour éprouver les différentes théories proposées sur cette action.

La théorie généralement adoptée sur la *condictio* est celle de Savigny; aussi croyons-nous devoir en dire quelques mots ; mais nous la croyons fausse et après l'avoir réfutée, nous indiquerons celle qui nous paraît plus exacte (1).

---

a lieu à une action personnelle et que cette action personnelle est une *condictio.* Il ne signifie point que *toute* action personnelle est une *condictio.* (C. 1, 8-55). Savigny, *op. cit.*, v. p. 593.

(1) Les opinions émises avant Savigny ont fort peu de valeur et il n'y a point à en tenir compte. Elles sont, pour la plupart, antérieures à la découverte du manuscrit de Gaius à Vérone, et ont été le produit de connaissances fort superficielles sur la procédure romaine.

Ainsi Unterholzner regarde la *condictio* comme l'action portée devant le collège des juges siégeant d'une façon permanente et pour un ensemble d'affaires; tels étaient les Pontifes, les Decemvirs, les Centumvirs. Au contraire l'action portée devant le juge particulier, choisi par les parties pour une affaire déterminée, ne serait point une *condictio* d'après Unterholzner. C'est ce qu'il affirmait en 1815 dans sa petite étude sur le Pro Roscio comoedo.

D'après Gans (1819), la *condictio* est l'action qui a pour objet un *certum.* La *condictio incerti* est pour lui une anomalie. Il assimilait du reste

§ 1er. *Théorie commune sur la* condictio, *ou de Savigny.*

Définition de la *condictio* d'après Savigny. — Arguments de Savigny. — Réfutation.

La *condictio* est, d'après Savigny, une action de droit strict, personnelle, civile et contractuelle ou quasi-contractuelle (1).

1° *Elle est de droit strict.* Les textes ne l'affirment point, mais cela résulte de leur économie générale On peut même affirmer que les deux expressions action *stricti juris* et *condictio* sont synonymes. — En effet toutes les actions de droit strict que nous connaissons, par exemple celle du *mutuum*, du contrat *litteris*, etc., sont des *condictiones*; au contraire, nous ne connaissons point une *condictio* de bonne foi. — De plus, nous trouvons très rarement employée l'expression action *stricti juris* (2); l'expression action *bonae fidei* qu'on lui oppose est beaucoup

---

la *condictio* à l'action *stricti juris*. Ueber das Obligationen Recht insbesondere über d. fabelhafte Lehre v. d. Innominatcontracten aus d. jus poeni tendi. Heidelberg, 1819, 1 vol.

D'après Hasse (1833), la *condictio, certi* tout au moins, ferait valoir l'idée de *creditum*; elle aurait tout d'abord sanctionné le *mutuum* (*credere re*) la stipulation (*credere verbis*), le contrat litteris (*credere litteris*); puis le dépôt, le commodat, le gage, le mandat, la gestion d'affaires et la société. Dans ces derniers contrats, on aurait dégagé l'idée de *creditum*, on y aurait appliqué la *condictio certi* et celle-ci aurait concouru avec les actions *depositi, commodati*, etc. La loi Aquilia dans un chapitre perdu aurait même, au dire de Hasse, appliqué la *condictio certi* aux demandes d'indemnité.

Plus tard on aurait étendu la *condictio* au *habere sine causa*. Le *habere sine causa* était rapproché du *creditum*, car le *creditum* se change en *habere sine causa* lorsque le délai de crédit est expiré. Enfin on donna la *condictio ex lege*; mais dans cette seconde partie de son évolution, la *condictio* aurait été tantôt *certi*, tantôt *incerti*. (*Rhein-Mus., f. Jurisprudenz*, VI, pp. 1-86).

(1) V. Savigny, *op. cit.*, t. V, Appendice XIV.

(2) On la trouve au Digeste, dans deux textes. L. 3, § 2, 13-6 et l. 5, 12-3.

plus fréquente. On peut en conclure que les Romains avaient pour l'action *stricti juris* une autre dénomination sous laquelle ils l'opposaient à l'action de bonne foi, celle de *condictio;* cette dernière expression est en effet aussi fréquente dans les textes, que celle d'*actio stricti juris* y est rare; il est probable qu'on disait indifféremment *condictio* et action de droit strict, mais, par l'effet d'un usage, plus souvent *condictio.*

2° *Personnelle.* Le texte de Gaius l'affirme, ainsi que les définitions d'Ulpien et de Justinien. « *In personam actiones (appellantur) condictiones* ».

Du reste, en sa qualité d'action *stricti juris*, la *condictio* ne peut être que personnelle. Cela résulte : 1° D'une distinction, rapportée au Digeste, faite par Marcien (l. 5 pr. et § 4, 12-3). Marcien distingue d'une façon générale les actions réelles et personnelles, puis, parmi ces dernières seules, il établit une sous-distinction entre les actions de bonne foi et de droit strict; 2° du § 114 (Com. IV) de Gaius ; Gaius établit une division analogue à celle de Marcien, au point de vue de la règle « *Omnia judicia sunt absolutoria* »; 3° des Institutes (IV, 6, § 30). A l'époque de Justinien la compensation était admise dans les actions *bonae fidei*, et depuis Marc-Aurèle dans les actions de droit strict. Justinien l'étendit aux actions réelles, et cela montre que ces actions n'étaient ni de bonne foi, ni de droit strict, etc.

3° *Civile.* La définition de Gaius écarte en effet les actions honoraires; leur *intentio*, dit Savigny, était conçue généralement *in factum*, et ne renfermait point par conséquent les mots *dare facere oportere* (1). Or, la *condictio* est justement

(1) L'action civile était en général conçue *in jus* et l'action honoraire *in factum.* Cependant, le demandeur, dans une action civile, pouvait parfois employer la formule *in factum;* nous en avons un exemple dans l'action *depositi.* Au contraire, un pareil choix entre les deux formules était probablement impossible dans les actions prétoriennes; toutes les actions de ce genre citées par Gaius sont conçues *in factum.* Cela est du reste

celle qui tend à « *dare facere oportere* ». Du reste, l'action de droit strict et l'action de bonne foi étaient toutes deux civiles. Pour l'action de bonne foi, cela est certain; si elle avait été honoraire, elle aurait été conçue *in factum*, n'aurait point renfermé les mots *dare facere oportere;* elle n'aurait point non plus renfermé la clause *ex bona fide*, car l'absence du *dare facere oportere* la rendait inutile. Pour l'action de droit strict, il devait en être de même; on l'opposait à l'action de bonne foi, elle formait avec elle la base d'une division et cette division devait s'appliquer à la même catégorie d'actions, par suite aux actions civiles seules.

4° *Contractuelle* ou *quasi-contractuelle*. La formule des actions délictuelles ou quasi-délictuelles ne correspond point, en effet, à celle qu'on peut tirer de la définition de Gaius. Elle renfermait les mots *pro fure damnum decidere oportere* si c'était l'action *furti* (1), très probablement les mots *damnum decidere oportere* si c'était l'action *legis Aquiliae* (2) et d'une manière générale vraisemblablement l'expression *praestare* (3). Or, ces

---

aisé à comprendre. Une action prétorienne ne reposait pas sur un droit préexistant, mais sur l'autorité judiciaire qui donnait mandat au juge de rendre une décision; cette décision, par suite, ne pouvait être subordonnée à la constatation d'un droit comme dans la formule *in jus;* elle était subordonnée à la constatation d'un fait et la formule était conçue *in factum*. Hâtons-nous d'ajouter que certaines actions prétoriennes avaient une formule *in factum* se rapprochant beaucoup de la rédaction *in jus*. Telles étaient les actions fictices et utiles; telle était la Publicienne.

(1) Voy. Gaius, IV, § 37.

(2) Cela est, disons-nous, probable. La loi Aquilia s'occupait en effet du *damnum injuria datum*. Rudorff cependant a reconstitué une formule d'action *in factum*. Edicti perpetui quae reliquae sunt. Leipzig, 1869, 1 vol., § 69.

(3) Voy. Gaius (Com. IV) et la combinaison des §§ 2 et 5. Cette combinaison semble bien présenter l'*intentio* avec *praestare* comme particulière aux actions *ex delicto*. Cette exclusion des actions délictuelles de la catégorie des *condictiones* est, dira-t-on, subtile; *dare, facere, praestare* sont des expres-

expressions ne se trouvaient point dans la formule de la *condictio*, qui exprimait seulement *dare facere oportere*. Nous ne connaissons du reste aucune action délictuelle figurant sur la liste des actions de bonne foi. Il est probable que la division en actions *stricti juris* et *bonae fidei* ne s'appliquait qu'aux contractuelles ou quasi-contractuelles.

Telle est, en son essence, la théorie proposée par Savigny, elle repose sur cette affirmation que la *condictio* est l'action *stricti juris*.

Elle a été adoptée par la plupart des romanistes du XIXe siècle, mais c'est peut-être à défaut de théorie plus satisfaisante. Elle ne nous paraît pas exacte (1).

---

sions à peu près synonymes, ou tout au moins assez vagues pour se suppléer, et la définition de Gaius peut très bien avoir omis sans intention le mot *praestare*. Cependant, il faut l'avouer, si nous passons en revue les formules de *condictiones* que nous connaissons, aucune ne renferme le mot *praestare* (V. Gaius, IV, §§ 81, 86, 136. — L. 29, § 1, 45-1 ; l. 72, § 3, 46-3). Il ne figure pas davantage dans les *intentiones* de bonne foi parvenues jusqu'à nous (Gaius, IV, §§ 47, 60; 1, 89, 45-1 ; l, 71, 47-2). Enfin, une troisième considération confirme l'exclusion des actions délictuelles en réservant à leur formule l'expression *praestare*. La stipulation aquilienne avait été soigneusement confectionnée pour s'adapter à toutes les obligations ne résultant point d'un délit ; justement elle renfermait bien les mots *dare facere* mais non le mot *praestare*.

(1) L'identification entre l'act. *stricti juris* et la *condictio*, base du système de Savigny, n'avait point été catégoriquement posée avant lui, et ce point était discuté (V. Glück, *Ausführliche Erlauterung der Pandecten*. Ouvrage continué par Mühlenbruch, Fein, Arndts, etc. Erlangen, 1797-1889, 49 vol., XIII, 8). Depuis Savigny, elle a été acceptée sans conteste par Waechter, Vangerow, Bethmann-Hollweg, Rudorff, Bekker, Puchta, Keller, Accarias, etc.

Il ne faudrait point croire néanmoins que cet accord ait écarté toute controverse. Le point de départ posé par Savigny une fois admis, une question tout aussi importante que la première se pose : qu'est-ce que l'action *stricti juris* ? Et ici les divergences apparaissent.

D'après Savigny, les actions *stricti juris* seraient des actions civiles,

On peut tout d'abord lui reprocher la fragilité de son point de départ; l'assimilation entre l'action de droit strict et la *condictio* est une pure hypothèse, une affirmation sans preuve. Il est vrai que les textes ne la contredisent point; mais cela ne nous paraît pas suffisant pour élever sur cette donnée incertaine tout un système. De plus, Savigny base sa théorie sur la définition de Gaius, qu'il prétend interpréter d'une façon littérale. Ainsi, il rejette de la classe des *condictiones* les actions délictuelles parce qu'elles renferment en leur formule les mots

---

personnelles, nées de contrats ou de quasi-contrats, *ayant pour but de suppléer une revendication devenue impossible.*

Savigny prend pour point de départ de sa théorie le *mutuum;* il justifie son choix en faisant remarquer que le Digeste en parle au début de la matière des *condictiones*. Il regarde dans ce contrat l'emploi de la *condictio* comme remplaçant l'action en revendication perdue. Toute la théorie de la *condictio* serait le développement de cette idée.

Dans le *mutuum*, la perte de la revendication est volontaire; elle résulte d'une confiance du créancier envers le débiteur : c'est le cas normal d'application de la *condictio*.

Dans le *dépôt*, l'action en revendication existe, mais le dépositaire peut détruire la chose; alors la revendication devenant impossible, on admit la naissance d'une *condictio*. On l'admit aussi à l'occasion d'un *mandat*, d'une *société*, d'une *tutelle*, lorsque l'argent ou les marchandises confiés à la suite de ces divers actes juridiques cessaient d'être la propriété du créancier d'une manière abusive et contre sa volonté.

On aurait également rapproché du prêt le *datum ob causam*, et on y aurait admis la *condictio* lorsque la *causa* est non fondée dès l'origine ou le devient plus tard. L'erreur y remplacerait la confiance formant la base du prêt, et on lui appliquerait la *condictio*. C'est le cas de la *condictio indebiti*, etc.

Enfin, dans une quatrième phase de développement de la *condictio*, on aurait appliqué cette action aux cas où quelqu'un s'enrichit aux dépens d'un autre sans motif et par une circonstance accidentelle (*condictio sine causa*).

La *condictio* naissait également du contrat *litteris*, de la stipulation, du legs *per damnationem* (d'après Savigny), de la *lex*. Le contrat *litteris* aurait été assimilé au *mutuum* parce qu'il constitue un prêt fictif. De même de la stipulation. Ces deux contrats renfermeraient une dation

pro fure damnum decidere ou d'autres analogues dont la définition de Gaius ne parle point. Mais alors pourquoi n'en exclut-il pas aussi l'action *ex testamento*, l'action *ex stipulatu?* leur *intentio* portait les mots *ex testamento*, *ex stipulatu* et le texte de Gaius exclut ces mots de la formule de la *condictio*.

Enfin une double considération s'élève contre la théorie du grand romaniste allemand. Il y a des actions de droit

---

fictive faite *animo contrahendi;* la stipulation ne serait que la simplification de l'ancien *nexum*. Le legs aurait été encore assimilé au point de vue de la sanction au *mutuum*. La base de l'ancien testament civil était le *nexum*. L'héritier est lié par la *nexi obligatio;* le légataire agissait en vertu de ce contrat et par suite avec l'action du prêt, la *condictio*. Ces idées furent ensuite étendues aux testaments prétoriens. Quant aux *condictiones ex lege* et *furtiva*, la théorie de Savigny les regarde comme des anomalies.

La théorie de Savigny prête au droit romain, comme le fait remarquer M. Accarias (Précis de Droit romain, t. II, 3e éd. Paris, 1882, p. 1163, note 3), une évolution trop systématique et en quelque sorte calculée, pour être vraisemblable. Elle repose sur de simples hypothèses. Ainsi la *condictio* aurait sanctionné le *mutuum* avant la stipulation, la stipulation découlerait du *nexum* et renfermerait un prêt fictif; ce sont là des conjectures sans fondement. Les textes contredisent les conclusions de son principe. Ainsi l'action *rei uxoriae* suppose une dation faite par la femme au mari et remplace une revendication. Elle est cependant *bonae fidei*. A l'inverse la loi 12 et la loi 13, 12-1 donnent la *condictio* alors que la *rei vindicatio* n'est pas concevable. Une personne vole de l'argent, le prête à un tiers et devient fou, disent ces textes. L'argent ne devient point la propriété de l'emprunteur; il peut être revendiqué, non par le voleur, mais par le volé; le voleur n'a point de revendication, et ne peut la perdre; cependant, si les deniers viennent à être consommés, il a une *condictio certi* contre le tiers emprunteur.

Keller admet les principes de Savigny, mais s'en écarte sur deux points. Le premier est relatif au point de départ de la *condictio*. Celle-ci serait issue des contrats solennels; on l'aurait étendue aux autres sources d'obligations à la suite d'un acte, soit volontaire comme dans le *mutuum*, soit involontaire comme dans le *habere sine causa*. Keller ne parle point de la *condictio ex lege*. Il se sépare en second lieu de Savigny en ce qu'il admet, pour l'époque classique, que la *condictio* pouvait être exercée à la

strict qui ne sont pas des *condictiones*, et à l'inverse il y a des *condictiones* qui ne sont pas de droit strict.

Ainsi l'action née de la *stipulatio incerta* est de droit strict et n'est pas une *condictio*. « Si on a stipulé une somme d'argent déterminée, dit Ulpien, on n'a pas l'action *ex stipulatu*, mais la *condictio* par laquelle on réclame une somme d'argent déterminée ». L'action née de la stipulation est toujours *stricti juris*, et il importe peu que son objet soit certain ou incertain; la nature de l'action dépend non point de la nature de son objet, mais de la nature du rapport de droit qui lui donne

---

place d'une action *ex contractu* ou *ex delicto*, si le demandeur apprécie son droit en argent. (*Der Römische Civilprocess und die Aktionen*, 5e éd. Leipzig, 1877, 1 vol., § 88). Ubbelohde et Krüger ont adopté l'opinion de Keller.

Rudorff s'est aussi rangé à l'opinion de Keller sur le second point; mais il est d'une opinion différente sur le reste. Pour lui la *condictio* naît soit d'une loi ou tout autre acte équivalent, sénatus-consultes, décisions de jurisconsultes, etc., soit d'un acte volontaire. Dans la première catégorie de sources, il range la *condictio ex lege*, *furtiva*, *ob turpem* et *injustam causam*, *sine causa*; dans la deuxième en premier lieu les *condictiones* nées d'un acte unilatéral de dernière volonté (*legs*) ou entre-vifs *legum dictio suae rei*; par ex. : *numeratio*, *expensilatio*, *condictio ob causam datorum*; en second lieu les *condictiones* nées d'un acte bilatéral, par ex. : la stipulation. Le système de Rudorff n'est pas méthodique, il ne présente point un principe commun à tous les cas d'enrichissement, les reliant entre eux. De plus l'action *ex testamento* n'est point une *condictio*, du moins les textes ne lui attribuent par ce caractère; en outre, c'est fausser la nature de l'*expensilatio* et du *mutuum* que les faire rentrer dans la *legum dictio suae rei*; enfin la vente et le dépôt, etc., sont des actes volontaires tout comme la stipulation (Rudorff, *Civilpr.*, § 40 et note 7).

Bekker déclare que les *condictiones* se sont développées sans principe arrêté, au hasard des besoins de la pratique. Les premières sources de la *condictio* auraient été l'*adnumeratio*, la *stipulatio*, l'*expensilatio*; on serait passé aux quasi-contrats, à divers cas de *habere sine causa*, puis on aurait étendu la *condictio* aux obligations résultant du testament et de la loi. Bekker n'admet du reste que l'application spéciale de la *condictio*; il refuse d'admettre avec Keller que la *condictio* puisse fonctionner en

naissance, et la stipulation est un contrat de droit strict. Les textes insistent trop sur cette distinction entre la *condictio* et l'action *ex stipulatu* pour qu'on puisse la nier (1); on la trouve même dans le Manuel des Institutes; on doit donc la considérer comme une règle importante de la procédure romaine (2).

A l'inverse la *condictio triticaria* n'est point *stricti juris* dans l'hypothèse prévue par la loi 3, 13-3.

---

vertu de la loi 9, 12-1 à la place d'une autre action *ex delicto* ou *ex contractu* (Bekker, *Die Aktionen des Römischen Privatrechts*. [Berlin, 1871-1873, 2 vol., t. I, ch. 5-7). Pernice a adopté la théorie de Bekker. (Labeo, t. I, pp. 416 et suiv.).

Enfin d'autres auteurs, comme Accarias, font dériver la *condictio* des contrats ne produisant jamais qu'une obligation unilatérale comme le *mutuum*. Du reste, Accarias est obligé d'admettre en présence de la loi 9, que la *condictio certi*, dans le dernier état du droit, sanctionne des obligations synallagmatiques, même incertaines.

(1) Les partisans de la théorie de Savigny usent d'un raisonnement identique pour exclure de la classe des *condictiones* l'action *furti*. Le *furtum*, disent-ils, donne naissance non seulement à une *condictio* mais aussi à une action *furti* (l. 7, § 1, 13-1; l. 14, 12-4; l. 13, § 2, 12-2; l. 17, § 2, 19-5). Les textes distinguent ces deux actions, donc l'action *furti* n'est point une *condictio*. (Hauriou, *Etude sur la condictio en droit romain*, Thèse Bordeaux, 1879, p. 39).

(2) Inst. III, 15 pr.; l. 24, 12-1.

Savigny glisse sur la loi 24; il l'examine au point de vue du mot *certum* et de sa signification. Il essaie au contraire d'expliquer le passage des Institutes, et il est aisé de voir que son explication est forcée et invraisemblable. Le texte des Institutes est ainsi conçu : « Ex qua duae proficiscuntur actiones, tam condictio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta ». Savigny imagine de lire *condictio certi*. La division serait faite alors non point eu égard à la nature des actions, mais eu égard à leur objet certain ou incertain ; toutes deux seraient des *condictiones*, l'une *certi*, l'autre *incerti*; si la seconde est qualifiée de *actio ex stipulatu*, cela ne tire point à conséquence. Du reste il se trouve obligé d'accuser les auteurs du Manuel d'étourderie, car si *certum* signifie somme d'argent, ils ne parleraient point de la *condictio* née de la stipulation ayant pour objet une chose certaine autre que de l'argent, c'est-à-dire de la *condictio triticaria*.

« In hac actione, dit Ulpien, si quaeratur res, quae petita est, » cujus temporis aestimationem recipiat, verius est quod Servius » ait, condemnationis tempus spectandum ».

Dans les actions de droit strict, le juge se réfère à l'époque de la *litis contestatio* pour apprécier la valeur de la chose demandée, évaluer l'indemnité et fixer le montant de la condamnation. C'est un principe reconnu (1); dans l'espèce de la loi 3 au contraire, la *condictio triticaria* est traitée en action de bonne foi. On y suit une règle de ces actions et le juge se replace pour l'évaluation de la chose au moment de la condamnation; telle était l'opinion de Servius, *condemnationis tempus spectandum*. Ulpien la rapporte et la fait sienne.

Naturellement ce texte a embarrassé les partisans de la *condictio stricti juris*. Plusieurs explications ont été proposées; mais ces tentatives sont restées infructueuses (2).

La *condictio triticaria* n'est point non plus *stricti juris* quand elle a pour but la répétition de l'indu. Cela résulte d'un texte de Paul :

« Indebiti soluti condictio naturalis est, et ideo etiam quod » rei solutae accessit, venit in *condictionem*, puta partus

---

(1) L. 3, § 2, 13-6. « In hac actione (commodati vel contra), sicut in caeteris bonae fidei judiciis similiter in litem jurabitur; et rei judicandae tempus, quanti res sit observatur ; quamvis in stricti, litis contestatae tempus spectetur ». La Florentine donne la leçon *in stricti*, Haloander *in stricti juris*, Glück, XIII, p. 276, note 23, affirme avoir vu un manuscrit portant *in stricti judiciis*.

Dans ce texte, Ulpien établit une distinction entre les *judicia bonae fidei* et les *judicia stricti juris*, au point de vue du *juramentum in litem*. Il relève en passant une nouvelle différence au point de vue de l'appréciation de la valeur de la chose.

(2) V. Glück, *Pand.*, t. XIII, p. 271-300; Savigny, *Syst.*, t. IV, p. 216; Rudorff, *R. Rechtsg.*, t. II, p. 143, note 9; Karlowa *(Römische Civilprozess zur zeit. der legis actionen*. Berlin, 1872, 1 vol., § 238). Karlowa regarde le texte comme mis mal à propos sous le titre de *condictio triticaria*, il appartiendrait à la *condictio incerti*.

» qui ex ancilla natus sit, vel quod alluvione accessit, imo et » fructus, quos is cui solutum est bona fide percepit, in condic- » tionem veniunt » (1).

La *condictio* de l'*indebitum*, dit Paul, est *naturalis;* aussi le juge doit s'y prononcer d'après l'équité, et il condamnera à la restitution, non seulement de l'objet demandé, mais aussi des fruits. Dans l'exemple de Paul, la *condictio* est une *condictio triticaria*, car la *condictio* de l'*indebitum* peut, suivant son objet, être *certae pecuniae* (objet déterminé en argent), *triticaria* (objet déterminé *ex alia certa re*), *incerti* (objet indéterminé). Comme une esclave, par exemple, est une *alia certa res*, la *condictio* par laquelle on la réclame est *triticaria*. Paul la traite comme une action de bonne foi.

Ce caractère *bonae fidei* de la *condictio triticaria* dans la répétition de l'indu, s'accuse encore lorsqu'on la compare à la *condictio triticaria* exercée en vertu d'une *stipulatio*. Dans ce cas, elle est *stricti juris* et la condamnation ne peut comprendre que l'objet stipulé et non ses fruits. C'est ce que décide la loi 4, pr. 22-1. Les fruits ne pourront être réclamés que par l'action *ex stipulatu incerta* née de la stipulation *vacuam possessionem tradi* (2).

§ 2. — *Véritable théorie de la* condictio.

Définition de la *condictio* d'après Baron. — La *condictio* action personnelle abstraite. — Probabilité d'une action personnelle abstraite, ses avantages. — Caractère abstrait des formules des *condictiones*. — Division de ces actions uniquement d'après leur objet. — Particularité de l'absence d'infamie. — La *legis actio per condictionem* introduite dans la procédure à cause de ses avantages d'action abstraite. — Application générale de la *condictio*.

La véritable notion de la *condictio* nous paraît avoir été

(1) L. 15, pr. 12-6.
(2) Baron, *op. cit.*, pp. 120-121.

donnée par un professeur de l'université allemande de Greifswald, Baron (1).

D'après Baron, on doit définir la *condictio* :

« *Une action personnelle abstraite* ».

Dans le langage moderne des romanistes allemands, l'action abstraite, par opposition à l'action concrète, est celle dont la formule n'indique point la cause du droit invoqué, soit dans la *demonstratio*, soit dans l'*intentio*. La formule est abstraite, c'est-à-dire conçue *in abstracto*, en dehors de tels ou tels cas d'application, abstraction faite des droits spéciaux qu'elle peut invoquer. Cette rédaction donne à l'action abstraite un caractère d'invariabilité et d'universalité qui lui permet de s'appliquer, sans modifications essentielles, aux droits les plus variés.

L'action *abstraite* peut être réelle ou personnelle. Réelle, elle porte le nom de *vindicatio sine causa expressa;* personnelle, celui de *condictio*.

Ainsi l'originalité de la *condictio* consiste dans cette particularité que sa formule n'exprime point la cause de la demande. C'est une action *sine causa expressa*. Cette particularité de rédaction rejaillit sur l'économie tout entière de l'action, à la fois sur sa nature et sur son étendue d'application.

Sur sa *nature* d'abord, car elle ne sera pas en principe soit de bonne foi, soit de droit strict, mais *bonae fidei* si elle s'applique à une obligation *bonae fidei*, et *stricti juris* si elle s'applique à une obligation *stricti juris;* elle est en dehors des classifications en action de bonne foi, *stricti juris*, délictuelle, contractuelle etc.; elle forme la base d'une division nouvelle parmi les actions personnelles, d'un côté l'action proprement

---

(1) Baron. *Die condictionen*, tome 1er de son Abhandlung, déjà cité. — V. aussi Lenel, *Edictum perpetuum*, Leipzig, 1883, p. 187; Sohm, *Institutionen des Römischen Rechts*, 3e éd. Leipzig, 1878, pp. 140, 165, 272; Cogliolo, *Trattato della Eccez. di cosa giud.*, p. 232.

dite, ou *cum causa expressa*, et d'un autre la *condictio* ou *sine causa expressa*.

Sur son *étendue d'application*, car son application est, en principe du moins, générale; devant le juge, le demandeur peut invoquer toutes causes à l'appui de sa demande, et il n'est point de droits qui ne trouvent en elle leur sanction.

Les considérations qui nous font regarder la *condictio* comme une action personnelle abstraite sont les suivantes :

1° Il y avait une action réelle abstraite et une action réelle concrète; il devait y avoir aussi une action personnelle abstraite et une action personnelle concrète.

2° Les formules de *condictio* que nous connaissons ou pouvons reconstituer n'indiquent jamais la cause de la demande.

3° Les Romains classaient les actions personnelles d'après la cause d'où elles dérivaient, mais pour la *condictio* ils n'ont connu qu'une classification tirée de l'objet.

4° La *condictio* n'entraînait point l'infamie, parce que la cause infamante n'y était point exprimée.

5° La *legis actio per condictionem* était dans son originalité *sine causa expressa*, et cette particularité s'est transmise à la *condictio* dans le système formulaire.

6° La *condictio* pouvait faire valoir une demande basée sur une infinité de causes et sa formule ne devait point par suite les exprimer.

1° *Il y avait une action réelle abstraite et une action réelle concrète; il devait y avoir également une action personnelle abstraite et une action personnelle concrète.*

On n'a jamais mis en doute que les Romains eussent admis en matière réelle une action abstraite (1); c'était l'action ordi-

(1) Gaius, IV, § 41. Cicéron, *Verrines*, II, ch. 12, § 31. Voici, d'après Lenel, une formule abstraite de l'action *in rem* : « Judex esto; si paret

nairement employée. On a, au contraire, très longtemps discuté sur l'existence d'une action réelle concrète; on l'admet généralement aujourd'hui; cette opinion très plausible, mais qu'il ne nous appartient pas de discuter ici, s'appuie sur deux textes importants : les lois 11, § 2, et 14, § 2 (44-2) et le passage correspondant aux Basiliques. Du reste, on conçoit fort bien la nécessité d'une action réelle concrète en présence des inconvénients de l'action réelle abstraite (1). Cette action déduisait en justice toutes les causes susceptibles de fonder le droit invoqué; si le demandeur venait à succomber, il n'y avait point possibilité pour lui de trouver une cause nouvelle et de s'en servir pour une seconde demande. L'action réelle matérielle écartait cet inconvénient; elle permettait de limiter la prétention à telle ou telle cause, et si l'on succombait, on pouvait agir de nouveau en vertu d'une cause différente, *alia causa expressa.*

En matière personnelle, au contraire, on n'a jamais contesté l'existence de l'action concrète et on nie celle de l'action abstraite. Cependant si les Romains avaient admis des actions abstraites et matérielles parmi les actions réelles, ils devaient aussi les avoir admises parmi les actions personnelles; cela est d'autant plus probable que l'action personnelle *sine causa expressa* offrait de réels avantages. Par exemple :

1° Il y avait des droits si peu définis qu'on était embarrassé, au moment de les porter en justice, pour en produire la cause juridique sans se tromper. Certaines prétentions devaient être très délicates à formuler, surtout à cause des exigences d'un droit formaliste. Les jurisconsultes étaient souvent consultés

---

rem, qua de agitur, ex jure Quiritium Auli Agerii esse, neque ea res arbitratu tuo Aulo Agerio restituitur, quanti eas res erit, tantam pecuniam, Judex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemna. Si non paret absolve ».

(1) Baron, *op. cit.*, p. 2.

par des plaideurs, uniquement pour indiquer l'action à exercer, la manière de formuler la demande et la cause à produire. La difficulté n'existait plus si l'on pouvait exercer une action abstraite, puisqu'il n'y avait pas à composer une formule spéciale, ni à préciser la cause du droit; aussi les jurisconsultes consultés et embarrassés eux-mêmes, se tiraient-ils d'embarras en conseillant à leurs clients une *condictio* (1).

2° L'action abstraite personnelle ou *condictio* répondait au besoin de donner, malgré la rigueur d'un droit formaliste, une part assez large à l'équité. Le juge saisi d'une action n'était point tenu d'envisager le droit dans la spécialité d'un seul de ses fondements; il lui était permis de prendre en considération toutes les causes qui pouvaient le légitimer et, à côté de la cause juridique principale, des circonstances accessoires;

3° Elle était un moyen commode d'éviter l'emploi de plusieurs actions : si un créancier avait eu contre le même débiteur plusieurs créances, d'origines diverses, il ne lui était point nécessaire d'exercer pour chacune une action différente. Il pouvait les joindre dans une seule action, si celle-ci était abstraite, dans la *condictio;*

4° Elle simplifiait enfin la rédaction de la formule en supprimant dans bien des cas la nécessité d'une *praescriptio*. Lorsqu'un plaideur ne voulait produire en justice que la moitié de son droit, il ne lui était pas nécessaire d'en avertir le juge par une

---

(1) Tel est le cas suivant : A la suite d'une vente, l'acheteur a donné des arrhes ; le contrat étant résolu par la faute du vendeur, ou bien exécuté par les deux parties, il y a lieu à la restitution des arrhes. Comment les obtiendra-t-on ? La question était délicate, car les jurisconsultes ne savaient point encore s'il fallait les réclamer par l'action même du contrat, l'action *ex empto*. Aussi Julien, tout en penchant vers cette action spéciale, conseillait prudemment l'action abstraite, la *condictio* (l. 11, § 6, 19-1). Voy. aussi l. 39, 45-3.

praescriptio. Il lui suffisait de réclamer seulement la moitié de ce droit.

2° *Les formules de* condictio *que nous connaissons ou pouvons reconstituer n'expriment jamais la cause de la demande.*

Les actions que les textes appellent des *condictiones* sont peu nombreuses. Ce sont les Romanistes qui en ont augmenté le nombre, arbitrairement, en appliquant leurs théories. Comme nous raisonnons d'après les données certaines des textes, nous devons laisser de côté les prétendues *condictiones ex stipulatu*, *ex testamento*, dont ils ne parlent point, pour nous en tenir aux actions nées du contrat *litteris*, de la stipulation *certa*, du *mutuum*, du *habere sine causa*, de la *lex;* car ces actions sont des *condictiones*. Nous examinerons seulement leurs formules.

A. Formule de l'action née de l'*expensilatio*.

L'*intentio* de cette formule nous a été conservée dans les fragments du Pro Roscio comoedo. Elle était ainsi conçue :

Si paret HS כככו *dari*.

Cette formule ne parlait point de l'*expensilatio*, et du reste, le langage et la conduite de Cicéron le prouvent surabondamment. En effet, dit-il, la *condictio* exercée par Fannius ne découle pas nécessairement de l'*expensilatio;* elle peut aussi avoir pour base le *mutuum* et la stipulation. En outre, il feint d'ignorer (1) quelle était la cause alléguée par Fannius; il ne réfute pas seulement l'allégation de l'*expensilatio*, il réfute

(1) Nous regardons l'ignorance de Cicéron comme feinte, car, en réalité, il ne pouvait se méprendre sur les véritables motifs de l'action. Il parlait pour la défense, par conséquent après l'exposition de la demande et de ses motifs; il ne pouvait ignorer ces derniers.

aussi celle d'un *mutuum* et celle d'une stipulation. Or cette ignorance, même feinte, ne se comprendrait point si, dans la formule, Fannius avait déclaré agir en vertu d'une *expensilatio*. La formule de l'action née du contrat *litteris* était donc muette sur ce contrat (1).

B. Formule de la *condictio* née de la stipulation.

La *stipulatio certa* donnait lieu à une *condictio*. La formule de cette action était également muette sur la stipulation; cela résulte, comme pour l'*expensilatio*, du passage précité du Pro Roscio (2).

---

(1) Jam duae partes causae sunt confectae; adnumerasse sese negat, expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat. Reliquum est, ut stipulatum se esse dicat... Pecunia petita est certa; cum tertia parte sponsio facta est. Hac pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit. Datam non esse Fannius confitetur, expensam latam non esse codices Fanni confirmant, stipulatam non esse taciturnitas testium concedit. (P. R. C., §§ 13, 14).

(2) L'argument que nous tirons du Pro Roscio et dont personne, croyons-nous, ne nie la valeur, nous paraît suffisant pour démontrer notre théorie en ce qui concerne la *stipulatio*. Signalons cependant, pour être complet, un second argument présenté par Baron (*op. cit.*, p. 40). Son mérite, pour faire excuser sa subtilité, se réduit à montrer que, vrai à l'époque de Cicéron, notre principe était vrai à l'époque classique. Le texte produit par Baron est le *prooemium* de la loi 93, 46-3. Voici tout d'abord comment il s'exprime :

« Si duo sint rei stipulandi et alter alterum heredem scripserit, viden-
» dum, an confundatur obligatio? Placet non confundi. Quo bonum est hoc
» dicere? Quod si intendat dari sibi oportere vel ideo dari oportet ipsi quod
» heres exstitit, vel ideo quod proprio nomine ei deberetur. Atquin magna
» est hujus rei differentia; nam si alter ex reis pacti conventi temporali
» exceptione summoveri poterit, intererit, is qui heres exstitit utrumne suo
» nomine an hereditario nomine experiatur, ut ita possis animadvertere,
» exceptioni locus sit necne ».

Scævola suppose une obligation contractée solidairement vis-à-vis de deux créanciers. Le premier meurt en laissant le second pour héritier. Celui-ci vient à agir contre le débiteur; la question examinée par le juris-

C. Formule de la *condictio* née du *mutuum.*

L'argument tiré du Pro Roscio s'applique encore ici. La formule abstraite donnée par Cicéron embrasse à la fois le contrat *litteris*, la stipulation et le *mutuum.* Mais en outre, d'autres textes de Gaius, Justinien et Théophile, nous donnent

---

consulte est de savoir s'il est censé agir en son nom propre ou au nom du défunt, c'est-à-dire en qualité d'héritier. Scævola est d'avis que le demandeur est censé agir en son nom personnel. Quant à l'intérêt de la question, il est considérable, si les deux liens de droit n'étaient pas exactement semblables, si par exemple le défunt seul avait consenti au débiteur un pacte *de non petendo intra tempus;* en effet, si le demandeur agit en son nom, ce pacte qu'il n'a pas consenti ne pourra lui être opposé; s'il agit au nom du défunt, au contraire, le défendeur pourra l'invoquer.

Mais à l'égard de qui se manifeste cet intérêt? A l'égard des parties embarrassées pour la rédaction de la formule, notamment du défendeur titulaire d'une exception, ou bien à l'égard du juge ne sachant en quelle qualité il doit considérer le demandeur? Baron croit que Scævola en formulant sa décision a pour but d'aider le juge à trancher cette question. Cela suppose que le juge est libre de regarder ce demandeur comme agissant en son nom ou au nom du défunt, et que la rédaction de la formule ne le présente pas comme ayant pris telle ou telle qualité. Si, en effet, elle le lui présente comme agissant en son nom personnel ou au nom du défunt, le juge n'a qu'à suivre ces indications, et la réponse de Scævola est pour lui inutile. Il faut donc que la formule ne lui apprenne rien à cet égard et il ne peut en être ainsi que si elle est abstraite. En effet, s'il y a une *demonstratio* ou si l'*intentio* renferme les mots *ex stipulatu Auli Agerii* (nom du demandeur), ou *ex stipulatu Lucii Titii* (nom du défunt) *cui Aulus Agerius exstitit,* le doute n'est pas possible; il n'est pas possible non plus même si l'*intentio* ne présente que les mots *ex stipulatu,* car cette stipulation sans nom d'auteur ne peut être rapportée qu'au demandeur.

Toute cette argumentation est un peu bâtie en l'air, car le point de départ est tout au moins contestable. Le jurisconsulte vise-t-il la rédaction de la formule, ou la sentence du juge comme le veut Baron? Le texte n'en dit rien. En faveur de la première supposition, on peut dire que le jurisconsulte s'était adressé sans doute à des parties qui l'avaient consulté avant d'aller devant le préteur, que les mots *quod si intendat dari*

pour la *condictio* du *mutuum* une formule semblable à celle de Cicéron; elle est abstraite.

« *Si paret eum dare oportere* » (1).

La considération suivante ne laisse pas non plus d'être concluante. Les jurisconsultes assimilent le *mutuum* à l'*indebitum au point de vue de l'action* qui les sanctionne. Cette action est la même. Dans les deux cas, sa formule est identique. Or en serait-il ainsi si dans le premier elle portait les mots *ex mutuo*, dans le second *ex indebito ?* Evidemment non. Pour réaliser cette identité, il faudrait que dans les deux cas la mention de la cause fît défaut, que dans les deux cas l'action fût abstraite.

D. Formule de la *condictio* née du *habere sine causa.*

L'action abstraite présentait une grande utilité et était d'une application fréquente dans les nombreux cas du *habere sine causa*, de l'enrichissement sans cause. Les Romains ne les avaient

---

sibi oportere signifient si le créancier demande une *condictio*, que le texte ne distinguant pas, s'applique aussi bien à la *stipulatio incerta* qu'à la *stipulatio certa* et que, dans la première, la conclusion tirée par Baron lui-même se retourne contre lui puisque nous savons que la formule de l'action *ex stipulatu* renfermait la mention de la stipulation (G., IV, §§ 136, 137). En faveur de la suppósition de Baron, on peut alléguer que les mots *quod si* « *intendat* » *dari sibi oportere* supposent que le demandeur agit par *intentio ;* que, par conséquent, la formule a été rédigée ; que la dette originaire étant mentionnée au passé *deberetur*, cela suppose qu'elle a cessé d'exister et a été transformée par la *litis contestatio;* enfin, que la décision de Scævola peut s'appliquer au cas où le créancier viendrait à mourir pendant que son cocréancier agit de son côté (d'où le futur *intererit*) et il est évident qu'alors la formule étant rédigée, l'intérêt de la question examinée par le jurisconsulte ne peut plus se manifester qu'*in jure*. Quoi qu'il en soit, nous présentons l'argument pour ce qu'il vaut.

(1) Is quoque qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur, nam proinde ei condici potest : Si paret eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. Gaius, III, § 91. Inst., III, 15, § 1.

point classés en catégories distinctes, juridiquement déterminées (1); chaque variété d'enrichissement ne portait point un nom spécial comme les divers contrats, le *mutuum*, la *vente*, etc.; on ne pouvait donc la désigner dans l'action qui la sanctionnait sous un nom spécial, et il fallait soit l'indiquer par une périphrase, dans une formule *in factum* ou *praescriptis verbis*, soit exercer une action abstraite. L'emploi de la *condictio*, ici, était donc en quelque sorte normal.

---

(1) L'édit du préteur n'avait fait aucune division entre les divers cas de *habere sine causa* (Voy. Voigt, *Ueber die condictiones ob causam und ueber Causa und Titulus in allgemeinen*. Leipzig, 1862, 1 vol., pp. 286 et suiv.). Une pareille division était même inconnue aux jurisconsultes eux-mêmes de l'époque classique; on trouve des groupements de cas d'enrichissement, mais pas de distribution méthodique. Le Digeste nous présente trois tentatives de classification. Aucune n'est satisfaisante.

La première est dans les lois 52, 12-6; 1, 12-7; 65, § 2, 12-6. Elle se borne à distinguer d'un côté la *condictio ob turpem causam* et la *condictio causa data causa non secuta*. Paul et Pomponius en effet distinguent dans les diverses sources de *habere sine causa*, le *datum ob causam* et le *datum ob rem*. Mais il est manifeste que dans leur pensée le mot *causa* signifie motif et non cause juridique; aussi, lorsque ce motif n'existait point dans la dation, ils refusent la *condictio* (du moins Pomponius), car peu importe le motif d'une dation; la dation reste valable si elle a une cause juridique, y eût-il erreur dans le motif. En réalité ils parlent donc seulement des répétitions basées sur une dation *ob rem*, et distinguent la répétition née d'une dation *ob rem honestan* ou *condictio causa data causa non secuta*, et la répétition née d'une dation *ob rem turpem* ou *condictio ob turpem causam*. Cette division est évidemment incomplète.

Une seconde est de Paul dans la loi 65 pr., 12-6. Paul la présente comme générale. Il dit que les dations, bases de l'action en répétition, ont lieu : 1° *ob transactionem*, 2° *ob causam*, 3° *ob conditionem*, 4° *ob rem*, 5° *ob indebitum*. Mais il suffit de lire le texte de la loi 65 pour voir que la division de Paul n'est pas aussi générale qu'il veut bien le dire et qu'il faut en restreindre les termes. Il faut d'abord effacer la dation *ob transactionem :* elle se confond avec la dation *ob rem :* elle a été faite dans le but de faire cesser un procès, *ob rem*, et donne naissance à une *condictio* en répétition de ce qui a été donné, si le procès est engagé par l'adversaire (l. 23 pr.,

Il nous est difficile de reconstituer les formules de ces diverses *condictiones* d'enrichissement. On peut néanmoins affirmer que leur formule était abstraite. Les textes en effet ne nous montrent pas une *condictio* affectée spécialement à tel cas d'enrichissement; il semble, à les considérer, qu'il y ait eu pour tous *une condictio unique*, rédigée toujours de la même façon, désignée quelquefois, pour plus de précision, d'une façon spéciale, mais

---

12-6 et l. 1 pr., 12-4). Il faut également effacer le *dare ob causam*, car, par *causa*, Paul entend, comme nous l'avons dit, le motif et non la cause juridique. Reste une division *tripartite* en dations *ob conditionem*, *ob rem*, *ob indebitum*. Mais il faut encore écarter la dation *ob conditionem* et la faire rentrer dans la dation *ob rem* ou *ob causam*, car Paul sanctionne ce cas d'enrichissement par une *condictio sine causa*. Ainsi toute la division de Paul se réduit à distinguer d'une part la dation *ob rem* et la dation *ob indebitum*. Elle est encore incomplète.

La troisième est d'Ulpien. Elle se trouve dans la loi 1, 12-7 et bien que ce texte ait été manifestement remanié par les interprètes, elle est encore la moins défectueuse. Ulpien distingue quatre cas d'enrichissement : 1° l'enrichissement résultant d'une *datio indebiti* ou d'une promesse *sine causa;* 2° l'enrichissement né d'une *datio ob causam*, quand il y a eu *causa non secuta* et que cette *causa* est, suivant l'expression de Paul et de Pomponius, *non inhonesta* (l. 1, 12-4); 3° l'enrichissement d'une *datio ob causam*, quand il y a eu *causa finita;* 4° l'enrichissement résultant d'une dation *ob injustam causam*. Ajoutons qu'Ulpien met ou semble mettre sur la même ligne les dations et les promesses; seulement, dans le premier cas, on répète la chose donnée, dans le second l' « obligatio ». Cela étant, l'enrichissement *sine causa* donnerait lieu, d'après Ulpien, à quatre catégories de *condictiones*, *indebiti*, *causa data causa non secuta*, *causa finita*, *causa injusta*. Malgré tout, la division d'Ulpien n'est point encore une classification satisfaisante; elle n'embrasse point tous les cas de *habere sine causa*, par exemple l'enrichissement résultant d'une *causa nulla*, ou d'une *causa turpis*, car cette dernière est distincte de la *causa injusta* dont parle Ulpien.

En définitive, on constate chez les classiques l'absence d'une classification irréprochable, à coup sûr d'une classification admise par tous sans conteste. Il suffit, du reste, de lire les lois précitées pour voir que les jurisconsultes cherchaient plutôt à réunir, sans ordre, divers cas d'enrichissement, qu'à les classer méthodiquement (V. Baron, *op. cit.*, pp. 48 et suiv.).

fonctionnant en réalité d'une façon générale. Or cet usage commun d'une seule *condictio* ne se comprendrait point, si elle rapportait la cause dans sa formule; il est évident qu'alors elle ne serait applicable qu'à une espèce déterminée d'enrichissement et si, par exemple, on exerçait la *condictio* née d'une dation *cum injusta causa*, au lieu d'une *condictio* née d'une dation *sine causa*, cette erreur amènerait la défaite du demandeur. Cependant les jurisconsultes romains, et des plus grands, comme Ulpien, appliquent sans scrupule à une espèce déterminée d'enrichissement une *condictio* qui semble réservée à une autre : comment expliquer de pareilles décisions qu'on ne peut taxer de légèreté si ce n'est en regardant la *condictio* comme invariable dans toutes les hypothèses du *habere sine causa*, c'est-à-dire comme *abstraite* ?

Trois exemples montreront que la *condictio* applicable à un cas spécial d'enrichissement pouvait également être exercée dans un autre.

1° La *condictio* de l'*indebitum* est donnée aux lieu et place de la *condictio* dite *ob injustam causam*. C'est l'espèce prévue au § 266 des *Fragmenta Vaticana*.

« Indebitum solutum accipimus non solum si omnino non » debebatur sed et si per aliquam exceptionem peti non poterat; » id est perpetuam exceptionem. Quare hoc quoque repeti » poterit, si quis perpetua exceptione tutus solverit. Unde si » quis contra legem Cinciam obligatus non excepto solverit, » debuit dici repetere eum posse, nam semper exceptione » Cinciae uti potuit... ».

Une donation a été faite en violation de la loi Cincia, comme s'adressant à une *persona non excepta;* le donateur étant protégé par une exception perpétuelle, a droit à une action en répétition. Cette action devrait être la *condictio* dite *ex injusta causa*. Cependant le jurisconsulte Ulpien admet la *condictio indebiti* qui ne devrait pas être possible, puisqu'elle exige

l'erreur et qu'Ulpien ne parle pas ici de cette circonstance. Du reste l'erreur de droit n'était pas admise à Rome. Gaius a été plus exact dans la loi 6 (24-1), où, dans un cas analogue, il donne la *condictio* dite *ex injusta causa* (1).

2° La *condictio* dite *causa data causa non secuta* est donnée au lieu de la *condictio* dite *ob injustam causam*. C'est l'hypothèse de la loi 5 (4-6) au Code de Justinien.

« Si militem ad negotium tuum procuratorem fecisti, cum » hoc legibus interdictum sit ac propter hoc pecuniam ei nume- » rasti, quidquid ob causam datum est, causa non secuta restitui » tibi competens judex curae habebit ».

Une personne a chargé un militaire d'un mandat et lui a donné une somme d'argent pour rémunération ; elle a violé la loi qui défend de donner des mandats à des militaires, et elle a droit de répéter l'argent qu'elle a compté. Cet argent est détenu en violation de la loi, par suite *ex injusta causa*, et l'action en répétition doit être la *condictio* dite *ob injustam causam* ou *ex injusta causa*. Cependant les empereurs Dioclétien et Maximien parlent de la *condictio* dite *causa data causa non secuta* (2).

Pomponius est plus exact, en examinant une espèce analogue, contenue dans la loi 7 (12-5). Une stipulation a été arrachée par violence, l'argent promis a été payé, la victime veut le répéter; par quelle action? Comme l'argent se trouve entre les mains du stipulant à raison d'une cause injuste,

---

(1) Quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex injusta causa retineri intelligitur; ex quibus causis condictio nasci solet (l. 6, 24-1).

(2) On ne saurait voir dans cette décision une erreur, car la chancellerie de Dioclétien et Maximien était une chancellerie savante qui, dans l'élaboration de ses décisions, s'inspirait des souvenirs du pur droit classique.

Pomponius indique la *condictio* donnée *ex injusta causa* (1).

3° La *condictio* donnée *causa data causa non secuta* est exercée à la place de la *condictio* donnée à raison d'un paiement *sine causa*, et réciproquement.

« Sed agere per condictionem propter conditionem legati vel » hereditatis, sive non sit mihi legatum sive ademptum lega- » tum, possum, ut repetam quod dedi, quoniam non contra- » hendi animo dederim, quia causa, propter quam dedi, non » est secuta ». Paul, l. 65, § 3,12-6.

« ... Sed et si falsum testamentum scelere ejus qui dedit » vel infficiosum pronuntietur, veluti causa non secuta decem » repetentur. » Hermogenien, l. 2, 12-4.

Une personne se croit héritière, ou simplement légataire, sous la condition de payer une somme à un tiers. Elle paie cette somme, puis il arrive que le testament est reconnu *falsum* ou déclaré inofficieux, ou bien on découvre que le legs n'a pas été fait ou a été révoqué ; dans tous les cas, le paiement se trouve avoir été fait dans un but qui ne peut être réalisé, l'acquisition de l'hérédité ou du legs, et la répétition doit être admise contre le tiers. Pour cela Paul et Hermogenien, donnent la *condictio* dite *causa data causa non secuta.*

« Avunculo nuptura pecuniam in dotem dedit neque nupsit : » an eamdem repetere possit, quaesitum est. Dixi, cum ob tur- » pem causam dantis et accipientis pecunia numeretur, cessare » condictionem, et in delicto pari potiorem esse posessorem ; » quam rationem fortassis aliquem secutum respondere non » habituram mulierem condictionem : sed recte defendi non » turpem causam in proposito quam nullam fuisse, cum pecunia » quae daretur in dotem converti nequiret : non enim stupri, sed » matrimonii gratia datam esse. — Noverca privigno, nurus

(1) Ex ea stipulatione, quae per vim extorta esset, si pecunia esset exacta, repetitionem esse constat. L 7, 12-5.

» socero pecuniam dotis nomine dedit neque nupsit. Cessare » condictio prima facie videtur, quoniam jure gentium incestum » committitur : atquin vel magis in ea specie nulla causa dotis » dandae fuit; condictio igitur competit ». (Papinien, l. 5, pr. et § 1, 12-7).

Une nièce voulant épouser son oncle lui donne pour sa dot une somme d'argent; mais le mariage est prohibé entre l'oncle et la nièce (1), il ne peut être célébré et la somme d'argent comptée dans un but qu'on ne saurait atteindre doit être répétée. Remarquons bien que la répétition n'est point admise parce qu'il y a prohibition de mariage; s'il en était ainsi il y aurait dans la dation une *turpis causa*, et cette *turpis causa* étant aussi bien du côté de l'oncle que de la nièce, on devrait appliquer la règle *in delicto pari potiorem esse possessorem*. Elle est admise parce qu'on est dans l'impossibilité de réaliser le but poursuivi. Il y aurait donc lieu, comme dans l'hypothèse de Paul et d'Hermogénien, à une *condictio* à raison d'une *causa data causa non secuta*. Cependant Papinien donne la *condictio* à raison d'un *datum sine causa*. Les deux espèces sont exactement semblables, et néanmoins les jurisconsultes donnent des actions qui semblent différentes, ou qui du moins ne portent pas le même nom.

On voit par ces trois exemples que les plus grands jurisconsultes semblent se mettre en opposition, soit avec eux-mêmes, soit avec les principes, en donnant dans un cas de *habere sine causa* une *condictio* qui semble y être étrangère. Il ne saurait y avoir d'erreur dans leur décision; cette erreur serait trop grossière et trop importante. L'opposition n'est donc qu'apparente et, en réalité, sous des noms différents, ils désignaient la même action, une action unique pour les divers cas de répétition.

---

(1) Il avait été permis par Claude, puis prohibé par les empereurs chrétiens. (Cod. Théod., l. 1, 3-12).

Parmi les *condictiones* jouant le rôle d'actions en répétition, une, la *condictio* dite *furtiva*, se prête à une démonstration plus directe ; elle était abstraite. Cela résulte d'un texte d'Ulpien :

« Julianus scribit eum, qui juravit furtum se non fecisse, » videri de toto jurasse, atque ideo neque furti neque condicti- » tia tenetur. Ceterum si contendat, qui condicit, quasi cum » herede se furis agere, non debet repelli et quasi μονομερης » condictio ei dari debet adversus furis heredem, nec pati eum » judex debet, si cœperit tentare probare furem ». L. 13, § 2, 12-2.

On sait qu'une personne, victime d'un vol, avait, pour réclamer sa chose, deux actions, la revendication et une *condictio* (1) ; mais qu'elle ne pouvait néanmoins en cumuler le bénéfice. Le fragment d'Ulpien nous entretient d'un individu accusé de vol qui a, par serment, affirmé son innocence. L'effet de ce serment, dit le jurisconsulte, est général ; il écarte, sur tout sujet d'incrimination, la responsabilité personnelle, soit dans l'action *furti*, soit dans la *condictio furtiva*, parce que l'accusé est poursuivi de son chef ; s'il était au contraire poursuivi comme héritier du voleur, son serment, portant sur un fait personnel, le libèrerait bien de son chef, mais non du chef du voleur, c'est-à-dire pour un fait d'autrui ; par suite, il devrait être condamné. Cependant ce serment ne serait point sans effet, car le défendeur étant par lui libéré, relativement à son fait personnel, le juge ne pourra plus autoriser le demandeur à prouver que son adversaire a commis *personnellement* le vol. Cette dernière observation du jurisconsulte serait évidemment inutile, si la formule de l'action relevait que le défendeur était poursuivi seulement *comme héritier* du voleur. Dans ce cas, qu'il y ait eu ou non serment, le demandeur ne pourrait prouver que son

(1) Gaius, IV, § 4, *Instit.*, IV, 6, § 14.

adversaire a commis le vol, puisqu'en l'attaquant *comme héritier* il a déjà reconnu implicitement qu'il ne l'a point *personnellement* commis. Cette observation ne se comprend donc que si la formule ne racontait point les faits; elle nous conduit même à affirmer que la formule ne mentionnait aucun vol dans l'*intentio*. Si en effet elle avait mentionné le vol, ou bien elle l'aurait fait suivre du nom de son auteur, ou bien elle aurait renfermé seulement les mots *ex furto*. Dans le premier cas, le demandeur aurait montré en quelle qualité son adversaire était poursuivi; dans le second, déclarant poursuivre le défendeur *ex furto*, il aurait avoué implicitement qu'il attaquait à raison d'un vol personnel, car il n'est pas d'usage d'attaquer une personne à raison des actes d'autrui. Donc, dans tous les cas, le mot *furtum*, accompagné du nom de l'auteur ou seul, ne devait point se trouver dans la formule de la *condictio* dite *furtiva*. Cette *condictio* était par conséquent abstraite.

En résumé il y avait une formule de *condictio* commune aux contrats et une formule commune aux cas d'enrichissement. Nous pouvons affirmer maintenant que pour les cas d'enrichissement et pour les contrats cette formule était la même. Cela résulte des commentaires de Gaius (III, § 91), du passage correspondant aux Institutes (III, 14, § 1) et de la loi 5, § 3 (44-7)

« Is quoque, dit Gaius, qui non debitum accepit ab eo qui » per errorem solvit, re obligatur : nam proinde ei condici » potest *si paret eum dare oportere*, ac si mutuum accepisset ».

Traduction : « Celui qui reçoit le paiement, fait par erreur, de l'indû, est obligé *re*. On se sert en effet contre lui de la formule même de l'action du mutuum, *si paret eum dare oportere;* et le *mutuum* est un contrat *re* ». La formule de la *condictio* dite *indebiti* et celle du *mutuum* sont donc identiques; le texte le dit clairement; il est d'autant plus probant que si le jurisconsulte rapproche le *mutuum* et la réception de l'indû, ce n'est point

à raison d'une similitude de nature; c'est uniquement à raison d'une *similitude d'action*.

Or le *mutuum* est un contrat, l'*indebitum* une variété de l'enrichissement sans cause. La *condictio* était donc la même pour les contrats et pour les enrichissements sans cause.

3° *Les Romains classaient les actions personnelles d'après la cause d'où elles dérivaient mais pour la* condictio *ils n'ont connu qu'une classification tirée de l'objet.*

La classification la plus naturelle des actions est tirée de leur cause, car la cause, l'origine du droit, doit déterminer le caractère de l'action; aussi on ne comprend l'absence d'une pareille classification que lorsqu'elle est impossible.

Elle est impossible pour les actions abstraites; l'expression de la cause y manque, on est obligé de les désigner et de les classer d'après leur objet. Ainsi la *reivindicatio* étant une action en principe abstraite, son nom n'est point tiré des différentes manières dont on acquiert la propriété. Il n'y a point de *vindicatio ex traditione*, *ex mancipatione*, etc.; on la désigne par son objet, qui est une *res*.

En matière personnelle, nous trouvons également des actions qui, à l'époque classique du moins, ne sont point désignées et classées d'après leur cause mais seulement d'après leur objet. Ce sont les *condictiones*. En cela elles diffèrent de toutes les autres actions qui portent un nom tiré de leur cause. Il y a des *actions ex empto*, *commodati*, *depositi*, etc.; il n'y a point de *condictio ex stipulatu*, *ex expensilatione* etc.; mais il y a des *condictiones certi* et *incerti*. Cela indique qu'à la différence des autres *actions* personnelles, les *condictiones* ne pouvaient être désignées et classées suivant leur cause, qu'elles étaient abstraites.

Les jurisconsultes classiques ne connaissaient, en effet, que trois sortes de *condictiones :*

1° La *condictio certae pecuniae*. Elle avait pour objet une somme certaine d'argent.

2° La *condictio triticaria*. Elle avait pour objet une chose certaine autre que de l'argent.

3° La *condictio incerti*. Elle avait pour objet une chose non certaine.

Ils n'ont point désigné la *condictio* par l'acte juridique d'où elle dérive et cela qu'il s'agisse soit d'un contrat, soit d'un cas d'enrichissement sans cause.

En matière de contrat, nous ne connaissons point de *condictio ex expensilatione, ex mutuo, ex stipulatu* et pourtant ces contrats sont sanctionnés par une *condictio* (1). Théophile, il est vrai, parle d'une *condictio mutui* (2); mais Théophile n'est point un jurisconsulte classique, il écrivait à une époque où la procédure formulaire n'était qu'un souvenir.

On trouve aussi, dans les textes classiques cette fois, les expressions *condicere ex stipulatu*, etc., mais elles sont loin d'avoir la même portée que les expressions *condictio ex stipulatu, ex mutuo*, etc.; elles n'ont point une forme technique et signifient seulement exercer la *condictio* (3) à la suite d'une stipulation, d'un *mutuum*, etc.

En matière d'enrichissement sans cause, il devrait en être de même. Aussi Gaius, qui en des endroits différents traite des divers cas d'enrichissement sans cause, a toujours évité de donner un nom spécial à la *condictio* qui en est issue. Il en est ainsi dans ses explications sur la réception de l'indû (III, § 91

---

(1) Savigny lui-même le reconnaît, *op. cit.*, t. V, app. XIV, n° 42. Il explique le fait en disant que la *condictio certi* était une action si précise, si spéciale, qu'il n'était pas nécessaire pour la désigner d'y adjoindre la cause. Cela ne fut nécessaire que pour les *condictiones triticaria* ou *incerti, sine causa, ex causa furtiva*, etc.

(2) Parap h. II, 20, § 2, III, 15, § 1 et 16, pr.

(3) Baron, *op. cit.*, pp. 46 et suiv.

et l. 5, § 3, 44-7, 25 pr., 4-4), sur l'enrichissement résultant du *furtum* (IV, 4 et l. 54, § 3, 47-2), sur l'action *ex poenitentia* (l. 27, § 1, 17-1), sur le *habere ex injusta causa.*

Les autres jurisconsultes comme Pomponius, Paul, Ulpien, emploient le mot *condictio* presque toujours seul et sans en préciser la source. Il y a dans la jurisprudence romaine un accord en ce sens qui ne saurait être purement accidentel (1).

On trouve, il est vrai, au Digeste, pour les *condictiones* nées de l'enrichissement sans cause, une division faite d'après les divers cas d'enrichissement; chaque terme de cette division forme un titre spécial; ainsi il y a le titre *de condictione causa data causa non secuta* (2), *de condictione furtiva* (3), *de condictione indebiti* (4), *ob turpem vel injustam causam* (5), *sine causa*, etc. (6). Mais cette division est propre aux compilateurs de Justinien qui pouvaient distribuer les matières suivant leur fantaisie. Elle ne fait rien préjuger sur l'état du droit classique. Une observation, du reste, montre qu'elle est récente, et doit être mise sur leur compte; elle est très mal faite et atteste une maladresse qui ne serait pas excusable s'ils avaient fait un emprunt de toutes pièces aux jurisconsultes classiques. Ainsi ils ont fort mal distribué sous leurs titres respectifs les divers cas d'enrichissement dont ils traitent; énumérer leurs fautes serait trop long. Nous nous bornerons à renvoyer aux lois 3, § 5 12-4; 23, § 1 12-6; 36 12-6; 2, § 1 12-4 (7).

---

(1) Voigt lui-même reconnaît que les jurisconsultes classiques n'avaient point appliqué de désignation technique aux *condictiones* nées de l'enrichissement sans cause (V. Voigt, *Condictio ob causam*, p. 298) et que la division *ex causa* appartient à Justinien (*Eod.*, p. 288).

(2) D., 12-4.

(3) D., 13-1.

(4) D., 12-6.

(5) D., 12-5.

(6) D., 12-7.

(7) Voy. Baron, *op. cit.*, pp. 62 et 63.

Il existe enfin une *condictio* appelée par les textes *condictio « ex lege »* (1). Devant cette désignation technique, on serait tenté d'affirmer que sa formule exprimait une *lex* pour cause et que, par suite, la *condictio* n'était pas, dans ce cas du moins, une action abstraite. Mais il s'agit de savoir si, sous le droit classique, il y avait une *condictio ex lege*. Cela est fort douteux et il nous semble au contraire qu'elle ne date que de Justinien; Justinien la créa pour sanctionner ses nouvelles institutions juridiques.

Prenons en effet les textes antérieurs à cet empereur qui sont relatifs ou censés relatifs à cette *condictio ex lege*.

1° C'est d'abord un texte de Paul qui remplit à lui seul au Digeste le titre de la *condictio ex lege*. Il est ainsi conçu :

« Si obligatio lege nova introducta sit nec cautum eadem » lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum » est » (2).

Paul n'emploie point l'expression *condictio ex lege*, il ne dit même pas que l'action exercée en vertu d'une loi nouvelle soit une *condictio;* comment donc a-t-on pu voir dans ce texte quelque allusion à une *condictio ex lege?* Uniquement parce qu'il a été mis par les compilateurs de Justinien sous le titre *de condictione ex lege;* mais cette rubrique est aussi leur œuvre; il leur a plu de faire un titre *de condictione ex lege*, comme il leur a plu de faire un titre *de condictione causa data causa non secuta, sine causa*, etc.; cela prouve l'existence de ces *condictiones* sous Justinien mais non sous le droit classique; nous avons vu que cette division *ex causa* des *condictiones* devait leur être attribuée et qu'elle était inconnue aux jurisconsultes du troisième siècle. Le texte de Paul pris en lui-même et reporté à l'époque où il fut écrit, ne se réfère donc pas à une *condictio ex lege* qui n'existait pas encore (3).

---

(1) D., 13-2.

(2) L. unic., 13-2.

(3) La véritable pensée de Paul nous semble être celle-ci : Lorsqu'une

2° Le second texte est de Marcien (1); il est relatif à la loi *Julia de adulteriis*. Lorsqu'une personne était accusée d'adultère, il était permis, pour soutenir l'accusation, de mettre ses esclaves à la torture et de les interroger; mais si le défendeur était reconnu innocent, son accusateur devait l'indemniser du préjudice éprouvé et lui rembourser la valeur entière de ses esclaves s'ils étaient morts, ou leur diminution de prix dans le cas contraire (2). Ce remboursement était poursuivi, dit Marcien, par une *condictio quae ex lege descendit.*

« *Quod ex his causis debetur, per condictionem quae ex lege* » *descendit, petitur* ».

Mais peut-on dire ici que ce jurisconsulte fasse allusion à une *condictio ex lege?* Nullement. Il ne dit point on intentera une *condictio ex lege*, mais on intentera, *ex lege Julia*, en vertu de la loi Julia, une *condictio*, c'est-à-dire, lorsque devant le juge on sera amené à justifier la demande, on invoquera les dispositions de cette loi.

Du reste on ne conçoit guère dans l'espèce une formule exprimant d'une manière précise le fondement du droit du demandeur. Il eût été nécessaire d'exposer toutes les circons-

---

loi crée une nouvelle obligation, il n'est pas nécessaire qu'elle lui affecte *telle espèce* d'action; on agira *ex lege* par les moyens de droit commun. Cette remarque, du reste, se comprend fort bien; sous les actions de la loi, la loi affectait à chaque obligation qu'elle créait très probablement une des *legis actiones;* sous le système formulaire, il y avait des actions générales et des actions exceptionnelles, spéciales, comme l'*actio per sacramentum* et la *cognitio extraordinaria*. Si la loi créant une obligation ne la sanctionne pas, dit Paul, par ces deux modes spéciaux, elle sera sanctionnée par les modes généraux. Voilà, nous semble-t-il, toute la portée du texte.

(1) L. 28, 48-5.

(2) L. 27, § 15, 48-5. Lorsqu'au contraire l'esclave était mis à la torture comme accusé personnellement d'adultère, en cas d'absolution, sa valeur était due au double (L. 27, § 16, 48-5.

tances dont la réunion était requise pour l'application de la *lex Julia* et cela était impossible à cause de la brièveté de la formule. On aurait été fort embarrassé pour établir, en pareil cas, une action spéciale *concrète ;* pour sortir de difficulté, l'emploi de la *condictio* abstraite était tout indiqué.

On peut citer d'autres exemples d'une obligation nouvelle introduite soit par une loi, soit par une constitution impériale ; le Digeste et le Code en renferment plusieurs ; mais aucun texte relatif à ces obligations ne leur applique une *condictio* qu'ils appellent *ex lege* avant Justinien.

Cette *condictio* est donc une création de Justinien qui trouva en elle un moyen fort commode de sanctionner ses innovations juridiques. Au lieu d'analyser les nouveaux rapports de droit, d'en déterminer la nature et de les faire rentrer dans une des classes des rapports de droit déjà existants ou de les munir d'une action nouvelle et spéciale, il trouva plus aisé de leur appliquer une action unique et déjà en usage ; on choisit la *condictio* qu'il appela dans ses nouvelles applications *condictio ex lege.* Aussi parmi les créations juridiques de Justinien, on peut en citer un grand nombre qui furent sanctionnées par cette action.

Le Moyen-Age suivit aveuglément le procédé de l'empereur byzantin; il s'appliquait à suivre les principes du droit romain et, malgré la différence des temps, continuait à observer des règles issues d'une législation disparue. Mais il nous importe peu de savoir le sort de la *condictio ex lege* après l'époque classique, il nous suffit de constater que son établissement date de Justinien. Avant lui, elle n'existait point, même pour sanctionner les obligations nouvelles. Les textes de l'époque classique ne la signalent point. Si donc on appliquait la *condictio* à un nouveau rapport de droit, le demandeur pouvait devant le juge, invoquer la loi, le senatus-consulte, la constitution impériale qui l'établissait, mais la formule ne recevait

aucune modification, elle continuait à garder le silence sur la cause du droit, elle restait abstraite.

4°. *La* condictio *n'entraînait jamais l'infamie parce que la cause infamante n'y était point exprimée.*

La *condictio* n'était jamais infamante (1);

« Cessat ignominia in condictionibus quamvis ex famosis causis pendeant » (2).

Que la *condictio* par elle-même, par le seul emploi de sa procédure, n'entraînât point l'infamie, comme l'action *pro socio*, l'action directe de fiducie, de mandat, etc. (3), rien de plus naturel. Mais elle pouvait avoir sa source dans un fait infamant, et, dans ce cas, l'on peut s'étonner qu'elle fît disparaître le caractère honteux de ce fait et fît échapper le défendeur condamné à l'infamie. Ainsi dans le Pro Roscio comoedo, le défendeur avait le choix entre l'action *pro socio* et la *condictio;* il recourut à cette dernière pour ne pas porter atteinte à la réputation de son adversaire, pour ne pas l'accabler *judicio gravi* (4).

D'après l'opinion générale, la loi 36 devrait s'entendre « d'une *condictio* exercée à raison d'un enrichissement né à l'occasion d'un rapport juridique contractuel muni d'une *actio famosa* » (5).

---

(1) Sur les effets de l'infamie, voy. la table d'Héraclée, ch. VIII, les règles d'Ulpien, tit. 13, § 2, et tit. 16, § 2; Instit., IV, 16, § 2, et les lois 1, pr. et § 8, 11 pr., 48-2; Accarias, t. II, § 976; Depeiges, thèse. *De l'infamie en droit romain*, Paris, 1888.

(2) L. 36, 44-7.

(3) Cependant la simple condamnation dans une action *pro socio*, de fiducie, de tutelle, de mandat, de dépôt, n'engendrait point par elle-même l'infamie. Il fallait qu'elle fût basée sur un dol (l. 6, §§ 5 et 7, 3-2).

(4) Pro Roscio comoedo, § 25.

(5) Baron, *op. cit.*, p. 10.

Mais c'est évidemment restreindre dans sa portée le texte de la loi 36. Il ne fait aucune distinction. Il ne faut donc point chercher l'explication de cette particularité dans le concours de certaines circonstances où la *condictio* serait applicable, mais d'une manière générale dans sa nature ; si dans tous les cas où elle peut être exercée elle n'est point infamante, cela tient évidemment à sa constitution et non à des circonstances étrangères. « Très importante, dit Baron, est » la question de savoir pourquoi la situation du condamné » dépend de l'action employée, pourquoi son honneur est atteint » ou reste intact, suivant que le demandeur a recours à une action » infamante ou à la *condictio*. Répondre que l'infamie a été » attachée par l'édit prétorien à la condamnation dans une » action infamante et seulement dans celle-là, c'est répondre » en apparence d'une manière satisfaisante, mais en réalité » d'une manière insuffisante, car on devra ensuite se deman- » der pourquoi le préteur n'a pas compris la *condictio* parmi les » actions infamantes, lorsqu'elle résulte d'une *causa famosa* ».

La difficulté n'existe plus, si l'on considère la *condictio* comme une action abstraite ; avec ce caractère elle ne faisait aucune allusion au fait infamant, et ne pouvait être rangée parmi les *actiones famosae*.

5° *La* legis actio per condictionem *était une action abstraite et ce caractère distinctif s'est transmis à la* condictio *sous le système formulaire.*

Parmi les actions de la loi, il en est une, la dernière apparue, que Gaius appelle *condictio*, la *legis actio per condictionem* (1).

---

(1) La *legis actio per condictionem* fut introduite par la loi *Silia* pour les obligations *de certa pecunia*, et étendue aux obligations *de alia certa re* par la loi Calpurnia. La date exacte de ces deux lois est inconnue.

Voigt les a placées, la première de 325 à 329, la seconde de 416 à

Lorsque le système des actions de la loi « *in odio venit* » et fut remplacé par le système formulaire, la *judicis postulatio*, la *manus injectio*, etc. disparurent; mais on conserva le *sacramentum* dans quelques cas seulement et la *condictio*.

La *condictio* du système des actions de la loi et celle du système formulaire sont séparées par des différences considérables; mais leur similitude de nom suffit pour indiquer qu'elles ne sont point étrangères l'une à l'autre; en réalité, la seconde n'est que la première transformée et adaptée aux besoins de la procédure nouvelle (1).

La *legis actio per condictionem* se dépouilla de certains de ses caractères, se mit en harmonie avec les nouveaux principes, mais conserva selon toute probabilité certains de ses caractères originaux; ces caractères avaient motivé son intro-

---

466, pour les besoins de ses théories. Cela est arbitraire; elles paraissent plutôt appartenir au vi^e siècle de Rome.

La *condictio* tire son nom de la procédure qu'elle organisaît. *Condictio* est synonyme dans l'ancienne langue romaine de *denuntiatio*, ou sommation faite par le demandeur *(actor)* au défendeur *(reus)*. *Condicere* c'est *denuntiare* (Gaius, IV, § 18); Festus, v° *condicere;* Tacite, *Germ.*, 11; Aulu-Gelle, XVI, 10; Institutes, IV, 6, § 15. — Scholiaste de Virgile sur l'Enéide, chant III, vers 110. Or, autant qu'on peut l'affirmer avec les fragments de Gaius, dans la *legis actio per condictionem* le demandeur sommait son adversaire de se présenter *in jure*, au bout de 30 jours, pour le choix et l'institution d'un juge. (Voy. Accarias, t. II, p. 818, § 744^a).

(1) Entre la *legis actio per condictionem* et la *condictio*, on peut en effet relever des analogies frappantes. D'abord celle du nom; puis, mettant de côté la *condictio incerti* qui apparut la dernière et qui est réellement une création du système formulaire, on remarque encore que toutes deux avaient pour objet une chose certaine et une même division particulière et non admise pour les autres actions. Il y avait la *condictio certae pecuniae* qui correspondait à la *legis actio per condictionem* de la loi Silia, et la *condictio triticaria* ou *de alia certa re* qui correspondait à la *legis actio per condictionem* de la loi Calpurnia. Enfin toutes deux donnaient lieu à une *sponsio poenalis tertiae partis*, s'il s'agissait d'une *pecunia certa credita*.

duction à côté du *sacramentum* et de la *judicis postulatio*, et selon toute probabilité lui valurent d'être conservée dans la réforme de la procédure. Si elle avait été maintenue à raison de caractères communs avec les autres actions de la loi, on ne voit point pourquoi on l'eût conservée de préférence aux autres, par exemple à la *judicis postulatio*. Ainsi nous poserons en principe que le caractère distinctif de la *condictio* sous les actions de la loi doit se retrouver sous la procédure formulaire. Quel est-il?

Gaius avoue ne le point connaître. On discute, dit-il, sur les raisons qui firent introduire, comme nouvelle forme de procédure, la *legis actio per condictionem*. Il peut paraître osé de répondre là où Gaius garde le silence; cependant la réponse nous est donnée par un examen attentif des diverses *legis actiones* et nous n'hésitons point à dire que la *condictio* fut introduite, parce que c'était une action abstraite, nécessaire à côté des autres actions de la loi toutes concrètes (1).

---

(1) Cette question posée par Gaius, pourquoi la *condictio* fut-elle introduite, est restée une des plus grosses agitées entre les romanistes.

Au point de vue de la seule *procédure*, Puchta a vu la raison de son introduction dans le renvoi devant un *unus judex*, en matière personnelle. En cette matière, les décemvirs avaient une compétence générale; ils étaient surchargés d'affaires; on les déchargea en admettant la compétence de l'*unus judex* pour certains cas prévus par la loi Silia d'abord, puis par la loi Calpurnia (Puchta, *Cursus der Institutionen*, 8e édition, Leipzig, 1875, 2 vol., § 162). — Mais déjà l'*unus judex* était compétent en matière personnelle, soit dans la procédure *per sacramentum*, soit dans la procédure *per judicis arbitrive postulationem*.

Heffter (*Gaii Institutionum Com. quartus (observationes)* Berlin, 1827, chap. 5e) y a vu une double simplification de procédure; tout d'abord la suppression de l'*in jus vocatio*, remplacée par une assignation extraordinaire à comparaître devant le préteur le trentième jour pour y prendre un juge; puis, si le défendeur faisait défaut, une condamnation aurait été prononcée au profit du demandeur présent. Son opinion a été en partie acceptée et en partie rejetée par beaucoup de romanistes. Ainsi Zimmern

Le *sacramentum*, la *judicis postulatio*, la *manus injectio*, la *pignoris capio* n'étaient point des modes généraux. Ils se reliaient à des faits juridiques déterminés, c'étaient des actions concrètes; pour sanctionner les nouveaux rapports de droit que l'on se résolut à reconnaître vers le VIe siècle de Rome, on sentit la nécessité de créer une action générale

---

(*Civilpr.*, § 43) reconnaît le second avantage signalé par Heffter, parce que le droit civil ne permettait pas de prononcer une condamnation en l'absence du défendeur. Keller, au contraire, reconnaît le premier avantage (*Civilpr.*, § 18), qui est rejeté comme inadmissible par Zimmern (*Civilpr.*, § 43), Rudorff (*R. Rechtsg.*, t. II, § 23, note 2), Dernburg (*Heidelb. krit.*, *Ztchr.*, I, 469), Schmidt (*De orig. legis act.*, p. 2), Karlowa (*Civilprozess zur zeit der Legis Actionen*, Berlin, 1872, 1 vol., p. 231), car, disent ces auteurs, à l'exception de la *legis actio per pignoris capionem*, toute action de la loi devait être engagée *in jure*. Cette dernière proposition est peut-être hasardée, comme le fait remarquer Ihering, pour toutes les actions de la loi, mais elle paraît exacte pour la *condictio*. Schmidt, Bethmann-Hollweg, Karlowa font très bien observer que la *condictio* tirait son nom de ce que le défendeur était sommé, dit Gaius, de *adesse* le trentième jour devant le préteur. Or, *adesse* ne signifie pas se rendre, mais se représenter, ce qui suppose que la *denuntiatio* avait lieu *in jure*, devant le magistrat. Du reste, on est fortement tenté de croire que l'*in jus vocatio* était une forme légale pour l'introduction de toutes les instances et s'appliquait à la *condictio* comme à la *judicis postulatio*, etc. La première comparution devant le préteur, que fait disparaître l'opinion de Heffter, s'explique comme nécessaire; car, avant de choisir un juge, il fallait que devant le magistrat le défendeur fût avant tout éclairé sur la prétention du demandeur (Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, t. I, p. 152.— Dernburg, *Heidelb. krit.*, *Ztschr.*, I, p. 469.— Baron, *op. cit.*, pp. 192-193).

Keller (*Civilpr.*, § 18) ajoute qu'un autre avantage expliquant l'introduction de la *legis actio* était dans la suppression des *verba solemnia*. En effet, ces *verba solemnia*, les plus essentiels du *sacramentum*, étaient justement dans cette première partie de la procédure, dans cette première comparution devant le magistrat, supprimée dans la *condictio*. Mais cette opinion de Keller est fausse, comme la croyance à une *denuntiatio extra jus*.

Rudorff suppose que le serment nécessaire *in jure* aurait été introduit par la loi Silia pour la *certa pecunia* et étendu par la loi Calpurnia à toute chose certaine (Rudorff, *R. Rechtsgesch.*, t. II, § 23, p. 83). A l'appui de

abstraite susceptible de s'appliquer aux droits les plus divers, on créa la *condictio*. En effet.

Plusieurs considérations nous portent à regarder la procédure du *sacramentum* comme une procédure spéciale à certains droits, et comme précisant son application à tel ou tel rapport de droit, par une indication de la cause.

C'est d'abord un exemple rapporté par Gaius sur le rigorisme des actions de la loi. Un plaideur dont les vignes avaient été endommagées avait agi en justice *de vitibus succisis*. Il perdit son procès; il aurait dû agir, dit Gaius, de *arboribus*

---

cette supposition, on peut invoquer quelques passages de Plaute où il est question d'*abjurare pecuniam in jure* (*Rud.*, *prol.* 14. *Curcul.*, 4, 2, 10; *Pers.* 4, 3, 9; *Bacch.*, 2, 2, 36) et faire remarquer que Paul, dans ses *Sent. Recep.*, t. II, 1, parle à la fois *de rebus creditis* et *de jure jurando*. Mais ce sont là à peine des indices; rien ne prouve que le serment eût été admis avec une restriction à la *pecunia certa* et à *omnis certa res*. Du reste, la délation de serment existait dès les temps les plus reculés; Denys d'Halicarnasse fait remonter son introduction aux temps les plus anciens (Denys d'Hal., II, 75). V. Ihering (*Geist des Römischen Rechts auf d. Verschr. Stufen s. Entwickl.*, 2e éd., Leipzig, 1866-1871, 4 vol., t. I, p. 302, note 210). Baron (*op. cit.*, p. 194).

En dehors des avantages résultant d'une simplification de procédure, on a cherché la raison de l'introduction de la *condictio* dans des avantages positifs, relatifs au fond même du droit. Puchta (*Inst.*, § 162), Bethmann-Hollweg (*Civilpr.* t. I, § 44 et t. II, p. 265), Kuntze (*Cursus des Römischen Rechts*, 2e éd., Leipzig, 1879, 1 vol., §§ 165, 166), Rudorff (*R. Rechtsg.*, t. II, § 23), Puntschart (*Der Entwickl. d. Grundsetzl. Civil Rechts d. Römer.*, Erlangen, 1872, p. 414) ont cru que la *condictio* était venue sanctionner trois nouvelles formes de contrats : *ex stipulatu, ex mutuo, ex litteris*. Karlowa accepte leur hypothèse (*Civilpr. zur zeit der legis actionen*, § 27) avec des distinctions; il suppose que ces trois contrats existaient déjà et étaient sanctionnés par les actions de la loi déjà existante; mais de ces trois contrats on aurait tiré l'idée de *creditum* et on l'aurait fait valoir par une action générale, la *condictio*. Cette opinion repose sur un point qui n'est point démontré et qui même est faux; la loi Silia ne sanctionnait pas le *creditum*, mais le *certum*.

succisis, par ce que le texte de la loi des XII Tables ne parlait point de *vignes*, mais d'*arbres* d'une façon générale (1).

De plus, le *sacramentum* était appliqué à un certain nombre de cas prévus par la loi des XII Tables. Pour chacun de ces cas, il y avait des expressions solennelles et spéciales, qui reproduisaient exactement les termes de la loi; chaque fois que l'on exerçait le *sacramentum*, les formalités de la procédure indiquaient la *causa debendi* et montraient que cette *causa* d'obligation était comprise parmi celles reconnues de la loi.

Lorsque l'on exerçait par la voie du *sacramentum* une action d'injure à l'occasion d'un *membrum ruptum*, comme la peine était le talion, il était nécessaire de préciser le délit et pour faire mention du *membrum*, la *causa* devait être exprimée.

Enfin, on sait que les pontifes gardèrent longtemps le secret des formules du *sacramentum;* cela ne se conçoit que si cette procédure se composait d'une série de formules spéciales à chaque cas; s'il y avait eu une formule unique, cette formule eût été aisément connue de la foule, et les pontifes n'auraient pu conserver leur privilège (2).

En réalité, parmi les formalités du *sacramentum*, il devait y en avoir deux classes : les premières, générales, s'appliquaient indistinctement à toutes les demandes; les autres au contraire, spéciales, liées au droit invoqué, étaient aussi nombreuses que les diverses prétentions soumises au *sacramentum* (3).

---

(1) Gaius, IV, § 11.

(2) Cette observation ne s'applique point à la *condictio*, car sa création est sans aucun doute postérieure à la divulgation des formules détenues par les pontifes.

(3) V. en ce sens Baron (*op. cit.*, pp. 188 et 189), et Bethmann-Hollweg, (*Civilpr.*, t. I, p. 148). Karlowa est d'une opinion contraire (*Civilpr. zur zeit der legis act.*, p. 111) ainsi que Kuntze (*Cursus, d. R. R.*, t. I, § 165). En effet, dit Karlowa, du moment que l'on exerçait la *l. a. sacramenti* pour

Sur la *judicis postulatio* nous avons fort peu de documents. Mais rien ne nous fait soupçonner que ce fût un mode de procédure général. Elle fut sans doute créée par la loi des XII Tables et affectée à la sanction de certaines obligations. Son emploi devait se restreindre à un petit nombre de droits, et des formalités spéciales devaient, dans la procédure, révéler la *causa debendi* et reproduire les termes mêmes de la loi. Si ces termes n'avaient pas été rapportés et la *causa debendi* exprimée, on eût ignoré si l'on se trouvait dans une espèce légale. Cette incertitude est inadmissible sous le rigorisme et la précision formaliste du droit dans l'ancienne Rome.

La *manus injectio* et la *pignoris capio* n'étaient point des modes d'action en justice; on ne s'en servait point pour faire reconnaître un droit devant le juge; c'étaient des modes d'exécution. Mais dans leurs formalités elles devaient aussi comprendre l'expression de la *causa*.

Cela est certain pour la *manus injectio;* au rapport de Gaius, le créancier prononçait formellement ces mots : « *Quod* » *tu mihi judicatus sive damnatus es sestertium decem millia* », dans la *manus injectio judicati* établie par la loi des XII Tables (2). Il y avait donc une formule spéciale avec expression de cause pour cette action de la loi appliquée aux jugements. D'autre lois étendirent la *manus injectio* en dehors de son

---

une dette contractuelle, basée sur une *sponsio*, l'expression de la cause était superflue. Cette raison n'est point concluante ; le *sacramentum* faisait également valoir des demandes *ex testamento* et même des demandes *ex delicto;* Karlowa lui-même le reconnaît. Karlowa reconnaît aussi que dans l'action d'injure, à raison d'un *membrum ruptum*, le *sacramentum* était admissible, et que la prétention de demandeur tendait au talion. S'il en était ainsi, on devait parler, comme délit, du *membrum ruptum* et par suite exprimer la *causa* (Karlowa, *Civilpr. zur zeit der leg. act.*, p. 116).

(1) Keller (*Civilproc.*, § 17) ; Rudorff (*R. Rechts.*, etc., t. II, § 22, p. 82) ; Bethmann-Hollweg (*Civilproc.*, t. I, p. 167, note 17) ; Baron (*op. cit.*, p. 190).

(2) Gaius, IV, §§ 21-26.

application primitive, la loi Publilia, la loi Furia *de sponsu* qui créèrent la *manus injectio* dite *pro judicato*, puis la loi Furia Testamentaria, la loi Marcia qui établirent la *manus injectio* dite *pura;* mais dans toutes ces hypothèses, elle restait spéciale et exprimait sa cause particulière dans chaque cas. Le témoignage de Gaius est formel : « *Actor in ipsa legis* » *actione non adjiciebat hoc verbum* PRO JUDICATO, *sed nominata* » *causa ex qua agebat, ita dicebat.....* ».

Il devait en être de même de la *pignoris capio;* elle avait lieu dans certains cas déterminés et Gaius ajoute que « *Pignus ex* » *omnibus istis causis certis verbis capiebatur* ». Il veut dire, selon toute apparence, que pour chaque cause il y avait des *verba certa*, des paroles déterminées et par suite que la *causa* y était exprimée (1).

Pour la cinquième action de la loi, la *condictio*, les textes ne nous offrent rien de pareil; et même ils semblent la séparer des autres actions en mettant en relief chez elle un caractère original et distinct. Tandis qu'il s'attachent à étudier le *sacramentum*, la *judicis postulatio*, la *manus injectio*, la *pignoris capio* au point de vue de la cause d'où elles dérivent, et ne parlent point de leur objet, quand ils parlent de la *condictio* ils insistent non sur sa cause mais sur son objet, et ne mettent point en relief la précision dans la cause, mais la précision dans l'objet. Aussi il semble bien résulter de leur langage que la *condictio* se distinguait des autres actions de la loi, parce qu'à la détermination dans la cause on avait substitué la détermination dans l'objet, parcequ'elle était, en un mot, une action abstraite.

Contre cette supposition, les textes n'élèvent aucune objection; elle est très vraisemblable si l'on se rappelle dans quelles

---

(1) Rudorff (*R. Rechtsg*, t. II, § 25); Karlowa (*Civilproc. zur zeit. der l. a.*, p. 205); Baron (*op. cit.*, pp. 190, 191).

circonstances les lois Silia et Calpurnia créèrent la *condictio*.

La date exacte de ces deux lois n'a pas été établie d'une façon incontestée, mais à coup sûr elles appartiennent au VIe siècle de Rome. Cette époque fut, on peut le dire, une période de transformation pour le droit romain ; les conquêtes avaient mis Rome en contact avec les civilisations étrangères ; les Pérégrins y affluaient et y apportaient les principes de leurs législations. Le droit coutumier s'ouvrit aux besoins du commerce. A côté des antiques modes réservés aux seuls Romains pour la formation des obligations, du *nexum*, de l'*expensilatio*, de la *fiducia*, etc., apparurent de nouveaux contrats, le gage et les autres contrats réels, les contrats consensuels.

Mais le formalisme du droit des XII Tables résistait à l'admission des nouveaux principes ; la procédure des actions de la loi se refusait à les sanctionner ; le *sacramentum*, la *judicis postulatio* ne pouvaient s'appliquer qu'aux obligations déjà reconnues par le droit civil, précisées par une loi, puisque la *legis actio* était, dit Gaius, *ipsorum legum verbis accomodata*, et que, dans la procédure, on devait rapporter les termes mêmes de la loi (1). Ces contrats nouveaux admis par la coutume se trouvaient ainsi sans sanction (2), car la puissance de la coutume

(1) On objectera peut-être un passage de Gaius où il est dit : «... quibus enim rebus ut aliter ageretur, lege cautum non erat, de his sacramento agebatur» (Gaius, IV, § 13). Mais on ne peut en induire que le *sacramentum* ne reproduisait point les termes de la loi ; ce passage signifie seulement que, lorsqu'une loi avait créé une obligation et n'avait point désigné l'action dont elle la munissait, elle était censée la munir de la *legis actio per sacramentum*.

(2) Gaius (IV, § 20) dit, il est vrai, que le *sacramentum* et la *judicis postulatio* embrassaient tous les cas où l'on pouvait réclamer « quod nobis dari oportet ». Mais on ne peut rien tirer de cette affirmation contre notre théorie ; si le droit civil ne sanctionnait pas les nouveaux contrats, on ne pouvait réclamer en les invoquant un « quod dari oportet » quelconque, et malgré leur application générale, les deux *legis actiones* précitées ne s'y appliquaient point.

n'allait point jusqu'à créer une action. Le droit civil devait intervenir; mais devait-il créer une action spéciale, des formules particulières pour toutes ces obligations naissantes, étendre à chacune d'elles la procédure du *sacramentum* et de la *judicis postulatio?* C'eût été un grand travail législatif, contraire à l'esprit des Romains qui était de légiférer le moins possible. On préféra sanctionner en bloc les nouveaux rapports de droit, et l'on créa une action unique, générale, ne rapportant point *dans sa procédure* les termes de telle où telle loi, une action abstraite.

Ce but fut atteint en deux fois, par la loi Silia d'abord, pour les obligations *de certa pecunia*, par la loi Calpurnia ensuite pour les obligations *de alia certa re*. La *condictio* se trouva ainsi un moyen mis à la disposition du droit coutumier pour sanctionner les rapports de droit dont il reconnaissait l'existence.

Elle semble avoir été conçue dans un esprit de prévision remarquable; on pressentait l'évolution que subissait et qu'allait subir encore le droit romain et l'on créait une action qui, par sa forme, était destinée à se plier aux innovations de la jurisprudence, aux besoins nouveaux constatés par la coutume. Ainsi la coutume créait le droit, discernait parmi les idées juridiques nouvelles celles qui méritaient d'être accueillies et la *condictio* les sanctionnait; le droit civil se confiait à la sagesse des préteurs, la *condictio* était une sorte de blanc-seing donné par le législateur au bon sens des magistrats.

En créant une action abstraite et générale, à côté des actions concrètes et spéciales déjà existantes, le droit civil ne perdait point tout à fait ici son caractère étroit; la *condictio* se rattachait encore au formalisme romain, en exigeant la précision dans l'objet de la demande, comme dans les autres actions on exigeait la précision dans la cause; aussi elle s'appliqua d'abord seulement aux obligations dont l'objet était déterminé

soit en argent, soit en tout autre chose. La *condictio incerti* apparut beaucoup plus tard, sous le système formulaire.

Du reste on ne tarda point, selon toute apparence, à admettre une sorte de droit d'évaluation; on permit au créancier d'une obligation incertaine d'estimer son droit, d'en extraire un objet déterminé, une somme d'argent, et de réclamer cette somme au moyen de la *condictio*.

En résumé, la *condictio* se distinguait des autres actions de la loi par sa nature abstraite; ce caractère nouveau réalisait un immense progrès; grâce à lui, elle put survivre à l'ancienne procédure et passer dans le système formulaire. Sous ce système on doit donc la retrouver avec ce même caractère original qui s'analyse alors en l'absence de cause *dans la formule*.

6° *La* condictio *pouvait faire valoir une demande basée sur diverses causes et sa formule ne devait point les exprimer à cause de leur nombre.*

Une des plus curieuses applications de la *condictio* est son emploi par les banquiers romains ou *argentarii*. Gaius nous en parle à propos de la *plus petitio* et de la compensation (1).

Les argentarii avaient à Rome des fonctions fort importantes; ils remplissaient les offices les plus divers; ainsi ils se constituaient intermédiaires et arbitres entre un débiteur en déconfiture et ses créanciers (2), se livraient à toutes les branches du commerce, étaient courtiers de marchandises et d'esclaves (3); une loi les avait investis de la mission de vérifier les monnaies, et de rejeter les *nummi adulterini;* plus tard ils

(1) Gaius, IV, § 64.
(2) Quintilien. *De art. orat.*, XI. 92.; l. 39, 46-3.
(3) Plaute. *Curculio*, III., 1, 63 et V, 3, 34.

furent chargés d'en garantir la sincérité (1). Aussi étaient-ils naturellement désignés pour mettre en circulation les monnaies nouvellement frappées qu'ils achetaient au trésor; c'était la *solidorum venditio.*

Ils jouaient le rôle de commissaires-priseurs; à l'origine ils se bornaient à vendre à l'encan les gages déposés chez eux par leurs débiteurs et non retirés, mais ils ne tardèrent point à opérer pour le compte d'autrui; ils présidaient sous le nom de *magistri* aux ventes publiques ou *auctiones.* Il était même peu honorable de procéder à ces ventes ailleurs que dans l'*atrium auctionarium*, à la table de l'*argentarius* (2). Elles avaient lieu sur la place publique, au *grand forum*, au *forum boarium*, au *forum vinarium* (3). L'*argentarius* y était à la fois acheteur et vendeur; le vendeur et l'adjudicataire n'étaient point en rapports; l'*argentarius* était entre eux; il acquérait les objets du premier et les vendait au second; c'est de lui que l'adjudicataire tenait ses droits. Il stipulait le prix de ce dernier et le transmettait au vendeur, en retenant des honoraires et le montant des frais — ce sont les *accessiones* (4) — ainsi que le droit de *mutation* ou *vectigal auctionum* dont il faisait l'avance (5).

---

(1) Pline, *Hist. nat.*, XXIII. 9.

(2) Cicéron, *de lege agraria*, I, 3, § 7.

(3) Sur ces ventes, voy. Caillemer, *Rev. historique de droit*, 1877, pp. 397 et suiv. Daremberg et Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines* v° album. La vente était annoncée par des affiches; les conditions étaient relatées sur l'album en lettres rouges ou noires; c'étaient les *proscriptiones*. Après trois jours de marché consécutifs, on procédait à la vente : un crieur parcourait la ville : le cahier des charges était lu au public, et l'on procédait aux enchères, à l'*auctio;* l'objet adjugé l'*auctionator* faisait constater l'opération sur ses *tabulae auctionariae* ou registres *ad hoc*, avec les noms du vendeur et de l'acheteur.

(4) Cicéron, *Pro Rabirio* § 30. On a trouvé à Pompei un tarif d'*accessio* se montant à 20 p. 100 et un autre se montant à 8 p. 100.

(5) Tacite, *Annal.*, I, 78; II, 42; XIII, 31; Suétone, *Caligula*, 16; l, 17, 50-16, C. 1, 12-47, C. 4, 12-19.

Mais les fonctions les plus importantes des *argentarii* étaient relatives à la banque.

Ils s'occupaient tout d'abord du change des monnaies; comme les peuples vaincus avaient conservé le droit de battre monnaie et n'avaient pas cessé de l'exercer, les opérations de change tenaient une large place dans le commerce de Rome. Les *argentarii* les avaient accaparées. De plus, ne se contentant pas d'échanger les monnaies étrangères contre les monnaies romaines et *vice versa*, ils faisaient également le commerce d'argent de place en place, s'engageaient par exemple à Rome, à fournir une somme à Carthage ou à Alexandrie (1).

Ils recevaient de nombreux dépôts soit du Trésor, soit des particuliers (2). Ces dépôts étaient soit réguliers, soit irréguliers. Réguliers, ils se bornaient à la garde des objets; gratuits à l'origine, ils donnèrent plus tard lieu à un droit de garde, sorte de salaire au profit des *argentarii*. Irréguliers, ils donnaient au banquier la propriété des écus; les *argentarii* en disposaient et réalisaient, suivant leur habileté, de gros bénéfices; ils payaient des intérêts au déposant, qui variaient sans doute suivant l'état des affaires, et restituaient l'argent à l'époque fixée. Le plus souvent, du reste, ce dépôt irrégulier se transformait en *mutuum*. Il y avait *mutuum*, si le déposant, après avoir entendu faire un dépôt régulier, autorisait le dépositaire à user des écus, ou bien encore si le déposant avait permis au dépositaire de se servir du dépôt, mais seulement du jour où il en était fait usage. Distinguer le *mutuum* du

---

(1) On a même prétendu que les *argentarii* connaissaient un effet de commerce analogue à notre lettre de change. Mais cette opinion n'a guère trouvé de créance et à juste titre.

(2) Cicéron, *Pro Flacco*, § 19.

dépôt irrégulier était une question de fait, pour laquelle il fallait se référer à l'intention des parties (1).

Ils faisaient des prêts aux particuliers; grâce à l'argent qui affluait dans leurs mains, c'était pour eux chose aisée. Ils prêtaient à intérêts et on les appelait *argentarii faeneratores.* Il est même probable qu'ils influèrent d'une manière sensible sur le développement du droit romain, relativement au *mutuum* et à l'extension de sa sphère d'application.

Enfin leur fonction originale et habituelle résidait dans l'usage du *receptum.* Ce contrat était spécial à l'*argentarius;* c'était une sorte de compte-courant, une *intercessio* ou ouverture de crédit; c'était un simple engagement, sans solennités d'écritures ou de paroles, valable néanmoins, engendrant une action, appelée *recepticia.* Il s'appliquait parfois à des dettes préexistantes; l'*argentarius* jouant le rôle d'*intercessor*, promettait de payer à jour fixe, *die constituta*, les dettes de son client; mais parfois aussi l'*argentarius* se bornait par le *receptum* à mettre une somme d'argent à la disposition de son client; c'était alors une ouverture de crédit. Les citoyens de Rome pouvaient avoir besoin d'une certaine somme à telle époque, dans l'éventualité, par exemple, d'une affaire commerciale; ils s'adressaient, à l'avance, à l'*argentarius* et celui-ci promettait de tenir à leur disposition, à jour dit, les écus nécessaires (2).

Ce simple aperçu montre la variété des affaires auxquelles

---

(1) Voy. Accarias, *Précis de Droit romain,* t. II, pp. 436-437.

(2) Sur les *Argentarii,* voyez : Th. Kraut, *de argent. et nummulariis,* Götting, 1826. — E. Guillard, Les banquiers athéniens et romains, Paris, 1875. — Cruchon, Les banques dans l'antiquité, Paris, 1879. — Richard, *les Argentarii,* Paris, 1881. — P. Thomasset, *des Argentarii,* Lyon, 1883. — Taudière, *des Argentarii* en droit romain, Poitiers, 1884. — Manna, *degli argentari,* Carabba 1886. — Voigt (Moritz) *Ueber die Bankiers, die Buchführung und die Litteralobligation der Römer,* Leipzig, 1887, 1 vol.

s'employaient à Rome les banquiers. Une multitude de rapports de droit pouvait naître entre eux et leurs clients; ainsi, ils recevaient et faisaient des paiements. Les paiements qu'ils recevaient de leurs clients avaient pour but de réaliser soit un simple dépôt, soit un *mutuum*, soit d'éteindre une dette. Ceux qu'ils faisaient, consistaient en un prêt, en l'accomplissement d'un mandat de leurs clients ou bien dans l'extinction d'une dette propre.

Ces divers rapports de droit entre l'*argentarius* et son client se trouvent très nettement indiqués dans un passage de Labéon, rapporté par Ulpien. Les *argentarii* étaient soumis à l'obligation de l'*editio rationis*. Traitant de cette obligation, Labéon détermine les opérations de banque auxquelles elle s'appliquait et il s'exprime ainsi :

« Rationem autem esse Labeo ait, ultro citro dandi, acci-
» piendi, credendi, obligandi, solvendi sui causa negotiationem,
» nec ullam rationem nuda duntaxat solutione debiti incipere,
» nec, si pignus acceperit, aut mandatum, compellendum edere,
» hoc enim extra rationem esse. Sed et quod solvi cons-
» tituit, argentarius edere debet; nam et hoc ex argentaria
» venit » (1).

Ainsi l'*argentarius*, par l'effet du compte-courant, se trouvait à la fois débiteur et créancier de son client; si la créance dépassait la dette, il avait le droit d'agir, mais, dit Gaius, il ne pouvait réclamer que le solde de ce qui lui était dû; il devait établir la balance entre son passif et son actif vis-à-vis de son client et déduire de ses créances tout ce dont il était débiteur; il devait agir *cum compensatione*.

L'action par laquelle il réclamait ainsi, en bloc, le résidu de ses créances, était la *condictio certi*. Gaius nous en donne la formule, elle était ainsi conçue :

---

(1) L. 6, § 3, 2-13.

« Si paret Titium (le client) Seio (l'argentarius) X millia dare » amplius quam ipse Titio debet, etc. ».

On peut voir tout d'abord que cette formule ne renfermait pas la *causa*.

Mais, en outre, on remarque ici une très curieuse application de la *condictio*. Elle embrasse non pas une seule cause d'obligations mais toute une série ; non pas un seul contrat, mais plusieurs, et, ce qui est plus curieux encore, des contrats de natures diverses, de bonne foi ou de droit strict, par exemple un *mutuum*, un mandat, un dépôt, une stipulation.

En effet, pour réclamer le solde de ses créances, le banquier doit réunir tous ses droits contre son client, et l'objet de sa demande est, non pas l'objet de telle ou telle de ses créances, mais un produit des objets de toutes sans exception ; la compensation qu'il a dû opérer a porté sur toutes et les a éteintes partiellement.

Mais si la *condictio* de l'*argentarius* se bornait à réclamer un solde résultant de plusieurs causes, ces diverses causes ne pouvaient assurément être mentionnées dans la formule. Cela était impossible dans la *demonstratio* ou dans l'*intentio* à cause de leur concision. Supposer que, dans une *praescriptio*, on établissait le solde, en détaillant les sources d'obligation d'où il résultait, est également invraisemblable. Rien dans les textes ne donne lieu à une pareille supposition ; cela eût allongé considérablement la formule et lui aurait donné des proportions qu'on ne saurait attribuer à ce bref mandat donné au juge. C'est devant celui-ci seul que l'*argentarius* produisait ses comptes et établissait qu'il réclamait seulement ce qui lui était dû après une exacte compensation.

Ainsi la *condictio* de l'*argentarius* résiste à admettre l'expression de la cause, dans sa formule. Mais si cela n'est encore qu'une conjecture, il reste tout au moins uu point certain ; c'est que cette *condictio* était générale ; ne s'appliquait point à

un contrat déterminé, mais réunissait tous les droits *stricti juris* ou *bonae fidei*, que l'*argentarius* avait acquis contre son client.

Enfin, comme dernière considération, on peut faire observer que la terminologie du Digeste est en harmonie avec la notion d'une *condictio* abstraite. Chaque fois qu'il s'agit de l'exercice d'une *condictio*, les textes emploient une expression vague, ils disent simplement *condictio* ou *condicetur*, *condicebatur*, *condicatur :* leur langage est abstrait comme la chose et, quels que soient l'espèce prévue, le rapport de droit sanctionné, ils emploient la même expression, *condicere*. Presque toujours ils parlent *de la condictio*, rarement *d'une condictio ;* encore cette spécialisation fait-elle allusion uniquement à la triple division de cette action suivant son objet.

Parfois la phraséologie du Digeste semble établir une opposition marquée entre l'*actio* et la *condictio*. L'*actio* apparaît comme l'instance spéciale, le mode de procédure particulièrement affecté à tel droit, la *condictio* comme le mode de procédure commun à tous les droits.

D'autres fois les mots *actio* et *condictio* sont accouplés ; mais alors l'*actio* a un caractère spécial, et on l'appelle *actio condicticia* ; *action condictice*, c'est-à-dire action ordinaire avec un caractère original, l'absence de cause dans la formule (1).

En résumé la *condictio* est une action personnelle abstraite ; cette conception nous conduit à formuler les conséquences suivantes au point de vue historique et au point de vue purement juridique.

---

(1) L. 24, 12-1 ; L. 7, 12-4 ; L. 55, 24-1 ; L. 13, § 2, 12-2 ; Inst., III, 14, § 1 ; IV, 6, § 24. — On trouve encore l'expression *actio condictionis* au Code. C. 1, 4-5 ; C. 2, 4-6.

La *condictio* a été créée à une époque d'évolution active du droit romain; elle a été mise par le législateur à la disposition de la coutume pour sanctionner en bloc et sans intervention spéciale de la loi les nouveaux rapports de droit; à l'époque des *legis actiones*, elle était le seul moyen de faire valoir des obligations de bonne foi (1). Encore fallait-il que ces obligations eussent un objet certain, soit en argent depuis la loi Silia, soit en tout autre chose depuis la loi Calpurnia.

Le système des actions de la loi fut aboli et remplacé par le système formulaire; quels étaient les modes de procédure sanctionnant les obligations admises? Le *sacramentum* dans quelques rares cas, et la *condictio*. La *condictio* se trouva alors le mode sanctionnateur général; elle conserva son ancien champ d'application, mais en outre, elle s'étendit forcément à toutes les anciennes obligations *bonae fidei* momentanément dépourvues de sanction. Elle était comme par le passé incolore, n'était ni *stricti juris* ni *bonae fidei* par nature; elle était tantôt *bonae fidei*, tantôt *stricti juris* suivant le rapport de droit auquel elle s'appliquait (2).

---

(1) Demelius (*Ztschr. für Rgesch.*, t. II, p. 236). Bekker (*Aktionen*, t. I, p. 154). Baron (*op. cit.*, p. 199). Voy. aussi Brinz (*Lehrbuch der Pandekten*, 2e éd. Erlangen, 1873-1882, 3 vol., § 227).

(2) Ainsi nous avons vu que dans la *condictio* exercée à la suite d'une stipulation, le défendeur ne pouvait être condamné qu'à la valeur de la chose; les fruits ne pouvaient être réclamés par la *condictio triticaria*, mais par une action *ex stipulatu* née de la stipulation *vacuam possessionem tradi*. Au contraire, dans la *condictio de l'indebitum*, la *condictio triticaria* faisait comprendre les fruits dans la condamnation (ll. 4, pr. 22-1 et 15 pr. 12-6).

De même lorsque la *condictio* est exercée avec un vol pour base, le défendeur est condamné à tout l'intérêt; avec une stipulation pour base, le défendeur n'aurait à payer que la valeur de la chose (ll. 3, 13-1; 98, § 8, 46-3).

Ces solutions s'expliquent fort bien. La *condictio* prend la nature du rapport de droit qui lui sert de base, et autres choses sont la *stipulation*,

Son emploi était insuffisant; la *condictio* avec un objet incertain, ou *condictio incerti*, n'existait point encore. Il y avait seulement la *condictio certae pecuniae* et la *condictio triticaria*. Toutes deux, comme l'ancienne *legis actio*, avaient un objet déterminé, la première en argent, la seconde en tout autre chose (1). Lorsque le demandeur voulait faire valoir une obligation incertaine dans son objet, par exemple réclamer une chose incorporelle ou le *quod interest*, il était contraint d'user d'un détour; il évaluait son droit en argent et exerçait la *condictio certae pecuniae*. Ce procédé était dangereux, car l'évaluation devait être rigoureusement exacte. Si le demandeur l'exagérait et réclamait plus que son droit, il commettait une *plus petitio* et perdait son procès sans possibilité de le reprendre. Il fallait créer des actions nouvelles. Deux procédés s'offraient : établir des actions concrètes, se référant à chaque obligation, et créer, à l'image de la *condictio*, une *condictio* à objet incertain, une *condictio incerti*. On se servit de l'un et de l'autre.

---

l'*indebitum* et le *vol* (Voy. Baron, *op. cit.*, pp. 121 et suiv.). Voy. aussi en ce sens les Scholiastes, Stephane (Heimbach, *Basilicorum libri LX.* Leipzig, 1833-1870, 6 vol., t. II, p. 597), Cyrille (Heimbach, t. II, p. 595), l'Anonyme (Heimbach, t. II, p. 592).

(1) On n'est point d'accord sur la notion de l'action *triticaria*. A notre avis, c'était la *condictio* qui avait pour objet une chose certaine autre que de l'argent. D'après Savigny, elle avait pour objet toute chose autre que de l'argent, soit déterminée, soit indéterminée. La controverse est trop longue pour que nous essayions ici de l'aborder.

Quant à la dénomination même de cette action, on lit dans le manuscrit florentin du Digeste, *triticaria* dans le texte (l. 1, § 1, 13-3), *triticiaria* dans la rubrique, mais avec une ancienne correction, comme aussi dans le texte d'Haloandre. On doit, d'après Savigny, préférer *triticaria*, car rien ne motive l'introduction de la voyelle *i*. Son nom lui venait de ce qu'elle avait été sans doute créée, dit Savigny, pour les prêts de blé, par la loi Calpurnia. Mais c'est là une pure conjecture. Ce n'est point, du reste, la seule ; plusieurs ont été proposées dont bon nombre très ridicules (Voy. Glück, XIII, § 843).

Pour la *stipulatio certa*, il n'était point nécessaire d'introduire une action nouvelle, la *condictio certi* suffisait.

La *stipulatio incerta*, au contraire, n'était point directement sanctionnée. On créa pour elle une action *ex stipulatu incerta;* elle portait dans son *intentio* la mention de sa cause.

Pour la vente et les autres contrats de bonne foi, l'indétermination dans l'objet, indétermination issue soit de l'acte générateur de l'obligation, soit de faits postérieurs, appelait des actions spéciales. Ce furent les actions *venditi*, *emti*, *locati*, *conducti*, etc.

Pour le legs, jadis sanctionné par l'action concrète du *sacramentum*, on établit une autre action concrète, l'action *ex testamento*.

La *condictio incerti* fut établie par la jurisprudence à l'image de la *condictio certi;* du moins on ne trouve point de loi l'ayant créée. Elle vint sans doute lorsque des actions concrètes avaient déjà été introduites, après les actions *emti*, *locati*, etc. Son champ d'application se trouva forcément limité aux actions incertaines, non encore sanctionnées. A la différence de la *condictio certi*, ce ne fut point un mode sanctionnateur général, car elle ne s'appliqua qu'aux cas où les actions *incertae* déjà admises se trouvaient insuffisantes. Cela explique son emploi assez rare et sa limitation aux demandes en restitution. Elle n'est guère une action contractuelle et il est très rare de la voir fonctionner pour les demandes en exécution.

Quoi qu'il en soit, la *condictio incerti* mise à part, la *condictio* doit être considérée comme une action générale dont le champ d'application fut peu à peu restreint par l'introduction des actions spéciales. On saisit très bien dans les textes cette tendance des jurisconsultes à indiquer, dans un cas où jadis la *condictio* était seule applicable, une action concrète et spéciale. Ainsi la répétition des arrhes données dans un contrat de vente fut longtemps réclamée par la *condictio;* mais les jurisconsultes

proposèrent de donner à la place l'action même du contrat, et dans la loi 11, § 6, 19-1, on les voit hésiter sur cette question délicate et toute d'innovation (1). Néanmoins, son caractère abstrait ne lui était pas enlevé et elle pouvait remplacer une action concrète; elle jouait à ce point de vue le rôle d'une action doublure; ainsi elle pouvait être exercée à la place de l'action *ex emto*, ou *pro socio*, ou *mandati*, etc. (2). Enfin, elle se trouvait encore remplir le but auquel elle devait sa création. Elle était le mode naturel sanctionnateur des rapports de droits que consacra le droit romain dans sa longue et lente évolution (3). On agissait *ex lege;* c'était son caractère antique et saillant.

---

(1) « Is qui vina emit arrhae nomine certam summam dedit, postea convenit, ut emtio irrita fieret; Julianus ex emto agi posse ait, ut arrha restituatur, utilemque esse actionem ex emto etiam ad distrahendam inquit emtionem. Ego illud quaero : si annulus datus sit arrhae nomine et secuta emtione pretioque numerato et tradita re annulus non reddatur, qua actione agendum est, utrum condicatur, quasi ob causam datus sit et causa finita sit, an vero ex emto agendum sit? Et Julianus diceret, ex emto agi posse; certe etiam condici poterit, quia jam sine causa apud venditorem est annulus ».

(2) Aussi, dit Baron, il est plus facile de déterminer les cas où s'applique la *condictio* que ceux où elle s'applique seule sans concourir avec aucune autre action. Il était, en effet, des cas où l'on n'avait pas créé une action concrète et où elle était d'une application exclusive.

Ainsi la *condictio* était la seule sanction :

Du mutuum (*Inst.*, III, 14 pr.). La création d'une action spéciale n'y était point nécessaire; la *condictio certi* suffisait. Il est vrai qu'elle ne pouvait comprendre dans son objet le préjudice résultant de la *mora;* mais cet inconvénient disparaissait avec la *sponsio tertiae partis*.

De la stipulatio certa (*Inst.*, III, 15 pr., et l. 24, 12-1, pour la stipulation d'un *certum*).

Du contrat litteris, car la loi 1, 33-1, l'assimile à la *stipulatio certa* qui ne donne naissance qu'à la *condictio*. De plus, il faut remarquer que Justinien sanctionne son prétendu contrat *litteris* par la *condictio*, et on peut en conclure qu'en cela il reproduisait une règle de l'ancien contrat.

(3) On se demandera peut-être pourquoi, s'il en est ainsi, on a créé

SECTION II

DE LA CONDICTIO CERTAE PECUNIAE OU GENERALIS

Triple originalité de la *condictio certae pecuniae*. — Sa formule.— *Sponsio poenalis tertiae partis*. — Fonction générale de la *condictio certae pecuniae*. — Droit d'évaluation personnelle. — Preuve de ce droit. — Textes classiques. — Textes du Bas-Empire. — Son origine.

Des trois sortes de *condictiones* reconnues par le droit classique, *certae pecuniae*, *triticaria* et *incerti*, la première est sans conteste la plus importante; aussi parfois on se borne à la désigner sous le simple nom de *condictio*. On l'appelle encore *condictio certi* et *actio si certum petitur* (ou *petatur* ou *petetur)* (1).

---

l'action *praescriptis verbis* des contrats innommés. N'était-il pas plus simple de sanctionner ces contrats par la *condictio?* Cela eût été dangereux; le juge eut alors créé le droit. Il n'aurait pas eu à examiner, comme dans la *condictio* exercée *ex lege*, si les conditions requises par la loi invoquée pour la formation de l'obligation étaient remplies, car aucun texte de loi ne sanctionnait les contrats innommés. Il était nécessaire que le préteur subordonnât sa décision à la constatation de certains faits, et que l'action fût une action *praescriptis verbis*.

(1) Ces trois expressions *condictio certae pecuniae, condictio certi, actio si certum petitur* sont équivalentes et désignent indifféremment la *condictio* ayant pour objet une somme d'argent, une *certa pecunia*. Pour la *condictio certae pecuniae* cela ne fait aucun doute et son nom seul tient lieu de toute démonstration. Pour la *condictio certi* il en est de même, car les chapitres 21 et 22 de la loi Rubria l'assimilent à la précédente; de même enfin de l'*actio si certum petitur;* cela résulte : 1° De la rubrique et du contenu du livre XII, titre 1 du Digeste. Ce titre a pour rubrique : « De rebus creditis, si certum petetur et de condictione ». Il y est parlé presque uniquement de la *condictio* ayant pour objet de l'argent; et si, comme il est tout naturel de le croire, le contenu et la rubrique correspondent, l'expression *actio si certum petitur* s'applique aux demandes de sommes d'argent certaines; 2° Du titre correspondant au Code (4-1); 3° De la loi 1 pr., 13-3 très formelle : « Qui *certam pecuniam numeratam* petit, illa actione utitur, si *certum petetur* qui autem

Elle a pour objet un *certum*, c'est-à-dire, en prenant ce mot dans son sens strict, une *pecunia certa*. L'expression *certum*, en effet, désigne parfois *toute chose déterminée au point de vue*

---

alias res, per triticariam condictionem petet » ; de plusieurs autres textes enfin moins importants et inutiles à citer.

Mais ces expressions n'ont-elles pas un double sens ? Un sens étroit et un sens large ? L'*actio si certum petitur*, par exemple, ne désignerait-elle pas parfois, dans une phraséologie un peu obscure, toute *condictio de omni certa re ?* Nous ne le croyons pas, mais on l'a prétendu. On a invoqué tout d'abord la loi 24, 12-1 : « Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condicticla actione id persequi debet, per quam certum petitur ». L'*actio si certum petitur*, dit-on, a donc pour objet, d'après Ulpien, un *certum ;* or le *certum* embrasse toute *res certa !* La réponse est aisée. Le mot *certum* désigne le plus souvent une *pecunia certa*, c'est son sens habituel (voy. notamment la loi 6 pr., 42-2) relative à l'*interrogatio in jure ;* tel est ici le sens qu'il faut lui donner, sinon on mettrait Ulpien en contradiction avec lui-même, on lui ferait dire le contraire de ce qu'il nous a dit dans la loi 1 pr.; 13-3. — On allègue également un texte de Callistrate, la loi 1, pr., 11-1. Il s'agit dans cette loi d'un créancier poursuivant par l'action *si certum petitur* un héritier de son débiteur ; on propose de soumettre le défendeur à une *interrogatio in jure* afin de savoir pour quelle part il représente le défunt et se trouve débiteur *(ex qua parte heres exstitit)* et d'éviter au demandeur le risque de la *plus petitio*. Or il peut y avoir *plus petitio* dans la *cond. de omni certa re*, tout comme dans la *cond. de certa pecunia ;* Callistrate traitant la question à un point de vue général, examinait certainement ces deux cas de *plus petitio ;* il les confondait donc implicitement dans l'exercice d'une *actio si certum petitur ;* celle-ci a donc pour objet aussi bien une *omnis certa res* qu'une *certa pecunia*. — Cette conséquence, répond Savigny, est moins nécessaire qu'elle ne le paraît au premier abord. L'*interrogatio in jure* était nécessaire dans la *cond. certae pecuniae* pour éviter la *plus petitio*, mais elle ne l'était pas dans la *cond. de omni certa re*. Par suite, l'on comprend très bien que Callistrate n'eût en vue que la première et ne s'occupât point de la seconde. Que l'*interrogatio in jure* ne fût point nécessaire dans la *cond. de omni certa*, et qu'on pût par un autre moyen y éviter le danger de la *plus petitio*, on l'imagine facilement. Il suffisait de rédiger l'*intentio* ainsi : « Si paret, Numerium Negidium fundum Cornelianum, qua ex parte heres est, dare oportere », « de même que l'on » admettait la revendication pour une quote-part indéterminée quand » l'incertitude n'impliquait aucune faute. Pour une stipulation d'argent,

de sa quantité, de sa qualité, de sa nature (1); par exemple tel esclave, tant de boisseaux du meilleur blé d'Afrique; c'est son acception la plus large; mais, d'une façon plus restreinte, il désigne *une somme déterminée d'argent;* l'argent est de toutes choses la plus déterminée ou la plus facilement déterminable; c'est le type du *certum* (2).

Elle se distingue des autres *condictiones* par sa formule, par une particularité de procédure et par son application générale.

Sa formule était différente de la formule de la *condictio triticaria* ou *incerti.* On l'a reconstituée de la façon suivante :

« Judex esto; si paret N^m N^m A° A° X millia dare oportere, » N^m N^m A° A° X millia condemna; si non paret, absolve » (3).

L'*intentio* de sa formule était donc *certa* et la *condemnatio* également *certa.* Au contraire, dans la formule de la *condictio triticaria,* l'*intentio* était *certa* et la *condemnatio incerta* et dans

---

» cet expédient devenait impossible quand le demandeur voulait profiter » des avantages de la *certi condictio,* car l'indication précise d'une somme » déterminée était indispensable pour l'exercice de cette action » (Savigny, *op. cit.*, trad. Guenoux, t. V, pp. 609-610).

(1) « Certum est, cujus species vel quantitas, quae in obligatione versatur, aut nomine suo aut ea demonstratione quae nominis vice fungitur, qualis quantaque sit ostenditur » (l. 6, 12-1).

« Certum est, quod et ipsa pronunciatione apparet quid quale quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum » (L. 74, 45-1). Il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait *certum,* que la *causa* soit déterminée.

(2) Cette signification du mot *certum* résulte de la combinaison de la loi 24, 12-1 et de la loi 1, 13-3. La loi 24 dit : « Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condicticia actione id persequi debet, per quam certum petitur ». Or l'action *per quam certum petitur* tend à une *certa pecunia* (L. 1, 13-3). Donc stipuler un *certum* c'est stipuler une *certa pecunia* et le *certum* est une *certa pecunia.*

(3) Gaius (IV, §§ 41, 43). Rudorff (*Edict. perp.*, § 93).

celle de la *condictio incerti*, *intentio* et *condemnatio* étaient également *incertae*.

La *condictio certae pecuniae* présentait en outre, dans sa procédure, une particularité que n'offrent point les deux autres. Elle donnait lieu à une *sponsio poenalis tertiae partis*, quand elle avait pour base un *creditum*. Le défendeur, avant que le procès ne fût engagé, devait, par une *sponsio*, s'obliger à payer, à titre de peine et dans le cas où il succomberait, le tiers en sus de la somme demandée. De son côté, le demandeur s'engageait par une *repromissio* analogue : il promettait, s'il était repoussé dans sa demande, de payer à titre de peine le tiers de la somme qu'il réclamait (1). Du reste on peut induire d'un mot de Gaius *(permittitur)* que cette *sponsio poenalis* était facultative ; mais selon toute apparence, si le demandeur l'exigeait, le défendeur ne pouvait s'y soustraire (2)

Elle donnait lieu à deux formules accessoires. Le magistrat, après avoir délivré la formule principale sur le fond même du procès, en délivrait deux autres. Elles s'adressaient au juge chargé de l'affaire principale, et leur objet était une condamnation au tiers de la valeur demandée. Dans la première, délivrée au demandeur, cette condamnation était subordonnée à la

---

(1) On avance généralement que cette *sponsio poenalis* fut établie en même temps que la *condictio* par la loi Silia. Mais rien ne le prouve; on est tenté de faire cette supposition lorsqu'on rattache, comme Savigny, l'origine de la *condictio* au *creditum*; en réalité la loi Silia ne s'occupait pas du *creditum;* elle créait un moyen de procédure et parlait seulement du *certum*. On peut soutenir que l'origine de la *sponsio* est dans une loi : l'expression *legitima sponsio*, employée par Cicéron dans le Pro Roscio le fait tout au moins supposer, mais préciser cette loi n'est pas possible dans l'état actuel de la science du droit romain. V. Baron, *op. cit.*, p. 186 et note 2; Savigny, *op. cit.*, t. V, p. 611 ; Keller, *Civilproc.*, § 18; Rudorff, *R. Rechtsg*, t. I, § 19, note 16; Karlowa, *Civilproc. zur zeit. der leg. act.*, p. 233; Wieding, *Libellarprocess.*, pp. 648-658; Bekker, *Akt.* t. I, pp. 259, 260).

(2) Gaius, IV, §§ 13, 171.

condamnation du défendeur sur le fond du débat, et dans la seconde, délivrée au défendeur, elle était subordonnée à la défaite du demandeur. Ainsi, le demandeur perdait-il son procès ? Il était débouté de l'action et en outre devait payer la *poena* à son adversaire ; triomphait-il ? il avait droit et à la somme réclamée et au tiers de cette somme.

Cette particularité rendait l'emploi de la *condictio certae pecuniae* rigoureuse et les plaideurs circonspects. Elle forçait le créancier et le débiteur à ne point agir à la légère, le premier en réclamant ce qui ne lui était point dû, le second en niant une dette certaine. Cette *condictio* était du reste dangereuse à raison de son *intentio certa*, car il pouvait très aisément y avoir *plus petitio*. Aussi dans l'usage elle n'était point, paraît-il, imposée aux femmes ni aux pupilles (1).

Mais le caractère le plus saillant de la *condictio certae pecuniae* est dans le rôle considérable qu'elle jouait dans la procédure romaine, grâce à la souplesse de sa formule ; elle était d'une application universelle et on l'a nommée une *condictio generalis*. En effet :

Les *condictiones*, avec leur caractère abstrait, s'appliquaient en principe à toute espèce d'obligation, mais la *condictio certae pecuniae* à son tour pouvait fonctionner à la place de la *condictio triticaria* ou *incerti*, et en définitive il n'était point d'action personnelle qu'elle ne pût suppléer (2).

La *condictio certae pecuniae* pouvait remplacer les deux autres, et *sanctionner toute espèce d'obligation même incertaine* en vertu de ce qu'on appelle *le droit d'évaluation personnelle* par le demandeur.

C'était le droit qu'avait un créancier, avant d'agir, d'estimer

---

(1) Gaius, IV, § 172.

(2) On conçoit même qu'elle s'appliquât à des obligations *incertae* auxquelles on n'appliquait point la *condictio incerti*.

l'objet de sa demande et de réclamer non cet objet lui-même, mais sa valeur.

Ainsi le créancier d'une chose certaine autre que de l'argent, au lieu de la réclamer purement et simplement et de laisser au juge le soin d'évaluer et de fixer la condamnation, au lieu d'exercer en un mot la *condictio triticaria*, pouvait lui-même estimer son droit, évaluer l'objet de sa demande, réclamer en place de la chose, sa valeur, et exercer la *condictio certae pecuniae*. Le créancier d'une chose incertaine pouvait également liquider son droit, réclamer une somme fixe et exercer la *condictio certae pecuniae* au lieu de la *condictio incerti*.

Cette idée est en harmonie parfaite avec le principe romain que tout droit porté en justice s'analyse en une créance d'argent.

A Rome sous le système formulaire les condamnations étaient pécuniaires; et, quel que fût l'objet de la demande, le créancier obtenait du juge une condamnation à une somme d'argent. Parfois, il est vrai, le défendeur se libérait en exécutant purement et simplement l'obligation, et la condamnation pécuniaire était subordonné au refus de cette exécution; mais il n'en reste pas moins vrai que la créance du demandeur s'était transformée, sous la condition de ce refus si l'on veut, en une créance d'argent. Tout droit était donc pécuniaire, en réalité; et le créancier devait pouvoir le porter en justice sous cette forme. De cette façon, il devançait l'estimation du juge; il n'y avait que la suppression d'une formalité judiciaire; au fond l'action restait la même, et le demandeur ne réclamait que son droit.

Cette théorie se base sur des textes. Cependant elle est vivement discutée; elle soulève des objections sérieuses; il convient, avant de l'établir, de procéder à une réfutation :

Savigny trouve dans l'évaluation personnelle du demandeur *une violation de la règle romaine qui défend de réclamer aliud pro alio* (1).

---

(1) Savigny, *op. cit.*, t. V., p. 583.

Ainsi une personne est créancière d'un travail, d'*operae*; elle peut évaluer, s'il lui plaît, ces *operae* à 100; mais le débiteur ne s'est pas engagé à payer 100. Lui réclamer cette somme, c'est réclamer ce qu'il ne doit pas, c'est demander *aliud pro alio*. Or, demander *aliud pro alio* est défendu par les principes romains; le créancier qui engagerait ainsi son action perdrait fatalement son procès (1); le juge serait obligé de le condamner pour se conformer à la formule; la formule lui donne mission de constater si le demandeur réclame l'objet qui lui est dû, et ici il réclame un objet différent. Cela résulte du sens donné au mot *oportere* dans la formule, par les jurisconsultes romains. Le juge doit se borner à constater s'il y a un *oportere* et le mot *oportere se réfère à l'existence d'une dette déterminée d'après l'engagement du débiteur, non point à la dette plus ou moins élevée que le juge croira trouver à la charge du défendeur dans le fait qui lui est soumis.* « Verbum » oportere, dit Paul, non ad facultatem judicis pertinet, qui » potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem » refertur » (2).

L'objection de Savigny serait sans réponse, si son interprétation du texte de Paul était exacte; mais peu de jurisconsultes l'ont admise. L'idée exprimée par Paul peut être comprise de façons diverses.

Ainsi, on peut traduire avec Keller et Krüger : le mot *oportere* se réfère non pas à la faculté donnée au juge de condamner à plus ou moins, c'est-à-dire à son appréciation personnelle, subjective, mais au fait considéré en lui-même, objectivement et d'après les principes du droit civil. En d'autres

(1) Mais le procès perdu pourrait être repris; le créancier en réclamant *aliud pro alio* n'a point déduit son droit en justice; ce droit reste intact et peut former la base d'une action nouvelle (G., IV, § 55).

(2) L. 37, 50-16.

termes, il y a un *oportere* lorsqu'une dette existe *d'après le droit civil;* il ne dépend point de l'*appréciation du juge* (1).

Avec Bekker, on peut préférer une autre interprétation. On dira : le mot *oportere* désigne la dette *dégagée des diminutions ou des augmentations que lui peut faire subir le juge.* Ainsi, une dette de cent pourrait être réduite par le juge, en considération de certaines circonstances; par exemple parce que le paiement a été stipulé en un certain lieu et est réclamé en un lieu différent. Le mot *oportere* se refère à la dette primitive (2).

Voici maintenant les textes qui confirment notre doctrine et qui impliquent l'existence à Rome, d'un droit d'évaluation personnelle accordé au demandeur; les uns sont au Digeste, les autres sont des fragments dus aux scholiastes des Basiliques.

Les textes du Digeste sont trois textes d'Ulpien, ils appartiennent à son commentaire *ad edictum.*

1° La loi 8 pr., 13-1.

2° La loi 72 pr. 45-1.

3° La loi 9 pr., 12-1.

1° Loi 8 pr., 13-1. « In re furtiva, condictio ipsorum cor-
» porum competit; sed utrum tamdiu quamdiu exstent an
» vero, etsi desierint esse in rebus humanis? Et si quidem
» obtulit fur, sine dubio nulla erit condictio; si non obtulit,
» *durat condictio aestimationis ejus,* corpus enim ipsum prae-
» stari non potest ».

Le mot à signaler est *durat.*

Une chose a été volée; elle disparaît; le voleur ne peut la restituer. On aura contre lui une *condictio* et dans cette *condictio* on lui réclamera non pas la chose, mais sa valeur. Le

---

(1) Keller, *Hall, Lit. Zeitg.*, 1846, t. II, p. 255. — Voyez son opinion et celle de Krüger rapportées dans Baron, *op. cit.*, p. 90, note 3.

(2) Bekker, *Aktionen,* t. I, p. 327.

demandeur pouvait donc faire lui-même l'estimation de son droit, lorsque l'objet de ce droit avait péri.

On peut également induire du texte que ce droit d'estimation existait avant la perte; le demandeur pouvait à son choix ou réclamer la chose volée, ou l'estimer et en réclamer la valeur. Cela résulte du mot *durat*. Il signifie : la *condictio* tendant à l'estimation existe après la perte comme elle existait auparavant. Si elle naissait seulement au moment de la perte même *et succédait à une condictio de la chose*, le jurisconsulte aurait dit : « *Erit condictio aestimationis ejus* » (1).

2° Loi 72 pr., 45-1. « Stipulationes non dividuntur earum » rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris » actus aquaeductus ceterarumque servitutum; item puto et si » quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi » vel fossam fodiri... Celsus tamen refert Tuberonem existi- » masse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecu- » niam dari oportere ideoque etiam in hoc genere dividi stipu- » lationem : secundum quem Celsus ait posse dici *justa aesti-* » *matione facti dandam esse petitionem* ».

Ce texte a été l'objet d'une discussion assez vive entre les romanistes. Ulpien y déclare indivisibles les stipulations d'une servitude et d'un *opus*. En même temps, il rapporte sur la question une opinion curieuse de Tubéron et de Celsus, relative à la stipulation d'un *opus;* d'après ces deux jurisconsultes, si la stipulation d'un *opus* n'avait été exécutée qu'en partie, on devait tenir compte dans la condamnation des travaux accomplis et permettre au créancier d'estimer le travail restant

(1) Il s'agit ici d'une *condictio ex causa furtiva* née d'un vol, mais elle était *certae pecuniae;* on réclamait *aestimatione facta*, dans l'*intentio*, une somme d'argent; et du reste, comme dit la loi 9, 12-1 : « Et ex causa furtiva per hanc actionem (condictionem certi) condicitur ». Ce texte peut donc être invoqué en faveur de l'estimation personnelle dans la *condictio certae pecuniae*.

encore à exécuter et d'en réclamer la valeur. Ainsi le demandeur avait le choix ou bien d'exercer l'action *ex stipulatu* et demander l'achèvement du travail, ou bien d'*apprécier cet achèvement et exercer la condictio certi pour en réclamer la valeur*.

L'argument, dira-t-on peut-être, n'est pas concluant. Si le texte posait le principe de l'estimation personnelle, il l'établirait pour la demande d'une servitude comme pour la demande d'un *opus*. Or, il l'établit seulement pour cette dernière. En réalité, le texte veut dire ceci : l'obligation à une servitude et l'obligation de faire un ouvrage, sont indivisibles ; par exception, comme le fait remarquer Ulpien après Celsus et Tubéron, l'obligation de faire un ouvrage, lorsque le délai de construction est écoulé, se transforme en une dette d'argent, devient divisible, et si une partie de cet ouvrage a été accomplie, le créancier doit se borner à réclamer en argent, à titre de dommages-intérêts, la valeur du surplus. Mais il ne s'agit point là du droit d'évaluation personnelle. — Cette interprétation donnée par Doneau, pour mettre d'accord l'assertion d'Ulpien qui admet l'indivisibilité de l'obligation de faire, et la doctrine de Tubéron et de Celsus qui en admettent la divisibilité, cette distinction arbitraire entre l'obligation de faire, indivisible en principe, et l'obligation de faire, se transformant en dette d'argent par l'écoulement d'un certain délai, ont été réfutées déjà par Savigny (1). Du reste il nous suffit de constater que Celsus ne dénie pas le droit d'évaluation au créancier d'une servitude, il se borne à n'en point parler et cela est naturel ; son but n'était point d'étudier les deux obligations au point de vue du droit d'évaluation, mais au point de vue de leur caractère divisible ou indivisible ; de décider que le créancier d'une

(1) Savigny, *Das Obligationenrecht*, Leipzig, 1851, 2 vol., t. I, p. 361, note 8.

servitude peut agir pour le tout si un des débiteurs a seul exécuté son obligation, tandis que le créancier d'une obligation de faire doit tenir compte dans sa demande de l'*opus* exécuté.

3° Loi 9 pr., 12-1. Ce texte célèbre est encore d'Ulpien ; il faisait partie du livre 26 de son ouvrage *ad edictum*, il a été écrit sans doute de 212 à 217 ; il est très connu à cause des discussions qu'il a soulevées et des difficultés qu'il offre aux commentateurs.

« Certi condictio, dit Ulpien, competit ex omni causa, ex » omni obligatione ex qua certum petitur, sive ex certo con- » tractu petatur sive ex incerto : licet enim nobis ex omni » contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio : » ceterum si in diem sit vel sub conditione obligatio, ante » diem, vel conditionem non potero agere ».

Dans le même sens on rencontre encore au Digeste un texte de Paul, la loi 28 § 4, 12-2, et deux autres textes d'Ulpien, les lois 5, 44-2 et 17 § 2, 25-2.

« Exceptio jurisjurandi, dit Paul, non tantum si ea actione » quis utatur, cujus nomine exegit jusjurandum, opponi debet, » sed etiam si alia, si modo eadem quaestio in hoc judicium » deducatur, forte si ob actionem mandati, negotiorum gesto- » rum, societatis, cæterasque similes jusjurandum exactum sit, » deinde ex iisdem causis certum condicatur, quia per alteram » actionem altera quoque consumitur » (1).

« De eadem re agere videtur et qui non eadem actione agat, » qua ab initio agebat, sed etiam si alia experiatur, de » eadem tamen re : ut puta si quis mandati acturus, cum ei » adversarius judicio sistendi causa promisisset, propter » eamdem rem agat negotiorum gestorum vel condicat, de » eadem re agit » (2).

---

(1) L. 28 § 4, 12-2.
(2) L. 5, 44-2.

« Non solum eas res, quae exstant, in rerum amotarum judi-
» cium venire Julianus ait, verum etiam quae in rerum natura
» esse desierunt : simili modo etiam certi condici eas posse
» ait » (1).

Ces quatre lois renferment sur le droit d'évaluation personnelle une théorie complète, comprenant le principe et des applications.

Le principe est dans la loi 9. *On peut exercer la condictio certi pour toutes sortes de droits (certi condictio competit ex omni causa), à raison de tout contrat (ex omni contractu), même si l'obligation est indéterminée (sive ex incerto petatur), à la condition de réclamer un certum (ex qua certum petitur)* (2).

Les jurisconsultes signalent des applications de ce principe. Ainsi :

1° La *condictio* étant exercée *ex omni causa*, on l'exercera soit pour les obligations contractuelles, soit pour les quasi-contractuelles, soit pour les délictuelles. Elle pourra par exemple être exercée à la place d'une action de mandat, de l'action *ex testamento*, de l'action *legis Aquiliae* (3).

2° La *condictio certae pecuniae* étant exercée, grâce au droit d'évaluation, même *ex incerta causa*, on pourra l'employer à la place d'actions où l'on réclamerait un *incertum*, à la place des actions *pro socio*, *rerum amotarum*, etc. qui peuvent être incertaines (4).

---

(1) L. 17 § 2, 25-2.

(2) On pourrait peut-être dire : la loi 9, 12-1 montre bien que la *condictio certae pecuniae* était abstraite ; mais on peut en tirer, *à contrario*, que les autres ne l'étaient pas. Cette observation ne mérite pas d'être réfutée, après l'exposition de notre théorie sur la *condictio*. Du reste la nature de cette action devait être unique ; si elle était abstraite quand son objet était une *pecunia certa*, elle devait être aussi abstraite quand cet objet était une *alia certa res* ou une *res incerta*.

(3) L. 28 § 4, 12-2 ; l. 9 pr., 12-1 ; l. 5, 44-2 ; l. 17 § 2, 25-2.

(4) L. 17 § 2, 25-2.

3° Celui qui a agi *ex causa mandati*, par exemple, avec une *condictio*, ne pourra pas agir, une seconde fois, en employant l'action *mandati*. Son droit a déjà été déduit; il agirait *bis de eadem re* (1).

Les termes formels de la loi 9 pr., 12-1 ont singulièrement embarrassé les adversaires d'une *condictio certae pecuniae* générale. Ce texte, comme on l'a vu, renferme les mots « *certi condictio competit ex omni obligatione ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto* »; la traduction naturelle est celle-ci : « La *condictio certi (certae pecuniae)* peut être exercée pour toutes sortes d'obligations, si on en réclame un *certum*, même pour une obligation incertaine ». La conséquence de cette proposition est le droit d'évaluation personnelle du demandeur. Les partisans de la *condictio* spéciale la repoussent et s'efforcent de donner une interprétation différente de la loi 9.

Savigny restreint la portée du texte par une supposition. D'après lui l'assertion d'Ulpien impliquerait la réunion des conditions ordinaires de la *condictio*. Sa pensée serait celle-ci : lorsque les conditions de la *condictio* sont remplies et lorsque l'obligation invoquée est *certa*, il y a lieu à *condictio certi;* il n'y a point à distinguer suivant le rapport de droit d'où elle est née; elle peut naître des rapports les plus divers et notamment d'un *contractus incertus* comme d'un *contractus certus*. Mais, par *contractus incertus*, il ne faut pas entendre un contrat produisant une obligation incertaine; une obligation incertaine ne peut donner lieu qu'à une *condictio incerti;* le *contractus incertus* est celui dont la nature est incertaine, qui n'a pas de nom spécial et dont le caractère participe de celui de plusieurs contrats déterminés. Ulpien fait ici allusion à une

(1) L. 5, 44-2.

division des contrats d'après leur nature et non d'après leur objet (1).

L'explication de Savigny n'est point admissible; elle dénature complètement la loi 9.

Ainsi :

Elle remplace les mots « *ex qua certum petitur* » par ceux-ci « *ex qua certum peti potest* ». Le texte dit : il y a *condictio certi* pour toute obligation en vertu de laquelle on réclame un *certum* et Savigny dit : il y a *condictio certi* pour toute obligation ayant pour objet un *certum*, c'est-à-dire pour toute obligation *certa*.

On donne aux mots *contractus certus*, *contractus incertus* une signification tout arbitraire. On crée une terminologie qui n'est point dans les textes et l'on classe, contredisant le langage des jurisconsultes romains, la vente parmi les *contractus certi* (2).

Ulpien termine en disant que la *condictio certi* compète *etiam ex lege Aquilia, ex causa furtiva, ex legati causa*. Ce mot *etiam* indique une application curieuse de la *condictio certi* qui surprend Ulpien; or il est tout naturel qu'un *furtum*, par exemple, engendre une *condictio certi*, si la chose volée est certaine; l'emploi de cette action n'a pu surprendre Ulpien que si la chose volée est incertaine; l'action normale serait la *condictio incerti;* la remarque d'Ulpien, pour être justifiée, doit

---

(1) Ainsi, dans ce sens, la vente, la stipulation, le prêt, seraient des contrats *certi*. Les *incerti contractus* seraient à peu près ce qu'on appelle les contrats innommés. Quelques glossateurs avaient admis cette acception. Voy. Glose « *ex certo* » sur la loi 9 pr., 12-1.

(2) Ainsi la loi 1 § 6, 13-5. « Debitum autem ex quacumque causa potest constitui id est, ex quocumque contractu, sive certi, sive incerti; et si ex causa emptionis quis pretium debeat, vel ex causa dotis, vel ex causa tutelae, vel ex quocumque alio contractu ». De même la loi 74, 45-1 divise les stipulations en certaines et incertaines d'après leur objet. D'après Savigny, la stipulation serait toujours un *contractus certus*.

donc porter sur une *condictio* employée pour une *obligatio furtiva incerta;* ainsi comprise elle est évidemment contraire à la conclusion de Savigny.

Savigny dénature enfin la pensée d'Ulpien relativement à la *condictio* exercée *ex senatusconsulto Trebelliano.* D'après lui, la pensée du jurisconsulte serait la suivante.

Une personne agit *ex senatusconsulto Trebelliano,* lorsqu'elle a recueilli, en vertu de ce sénatusconsulte, une succession fideicommissaire, et exerce une *condictio* trouvée dans cette succession. — Mais alors l'expression d'Ulpien *ex senatusconsulto* ne serait pas du tout exacte, car on n'agirait pas *ex senatusconsulto;* on agirait en vertu de la cause originaire du droit invoqué, *mutuum, stipulatio,* etc.; on n'invoquerait pas le *Trebellien;* le langage d'Ulpien, ne saurait pécher à ce point en précision; si les expressions employées correspondent à sa pensée, elles se réfèrent à l'hypothèse suivante : l'héritier fiduciaire a reconnu devoir restituer au fideicommissaire (1); mais, en fait, la restitution n'a point eu lieu (2); par quelle action le fideicommissaire réclamera-t-il l'hérédité ? Par la *condictio certi,* s'il le veut, en évaluant le montant de la succession. La *condictio* ici n'a point pour objet, comme le veut Savigny, une chose unique et déterminée, mais l'ensemble des objets de la succession; l'action est exercée pour la totalité de la succession, car le texte dit : « *Si is cui fiduciaria hereditas restituta est, agere volet* ».

On dira peut-être que le fideicommissaire est devenu propriétaire des objets de la successsion; que, par suite, il a pour les réclamer non pas la *condictio,* mais une action réelle (3).

---

(1) L. 37 pr., 36-1.

(2) L. 27 § 11, 36-1.

(3) Par la reconnaissance de l'obligation de restituer, le fiduciaire a rendu le fideicommissaire propriétaire bonitaire (l. 63 pr., 36-1).

Cela est vrai, mais il avait aussi contre le fiduciaire une action personnelle : c'est la *condictio*. On trouve ici une règle analogue à celle qui permet, sous le droit classique, au légataire de réclamer un legs *per vindicationem*, au moyen d'une action personnelle au lieu de la *reivindicatio* (1). Ajoutons que le scholiaste Stéphane a compris de cette façon le langage d'Ulpien (2).

Bekker admet le témoignage de la loi 9, admet aussi celui des lois 28 § 4, 12-2, 5, 44-2, 17 § 2, 25-2, n'essaye point de leur échapper par une interprétation subtile, mais ne trouve point cela suffisant pour admettre une *condictio certi*, abstraite, générale. D'après lui l'existence de cette action doit être rejetée pour les considérations suivantes.

a). Un des contrats les plus fréquents est la vente ; la *condictio certi* y eût trouvé une de ses applications les plus usuelles ; cependant nous ne connaissons point de *condictio certi* exercée pour réclamer le prix à la place de l'action *venditi*.

Cela est vrai ; sur ce point les textes font défaut, mais cela s'explique. Les actions de bonne foi, avec la précision dans la cause, dégagées d'un certain rigorisme fatalement attaché à une ancienne action de la loi comme la *condictio certi*, réalisaient un véritable progrès sur celle-ci. Elles ne présentaient point par exemple les dangers de la *sponsio tertiae partis* si elle avait eu lieu ; leur emploi devait être fréquent ; celui de la *condictio*, à leur place, était rare ; il fallait, pour qu'il eût lieu, des circonstances exceptionnelles, comme dans le Pro Roscio comoedo ; le silence des textes est donc bien naturel snr l'emploi de la *condictio* en matière de contrats de bonne foi. Du reste, si ce silence a lieu pour la vente, il n'a point lieu pour le mandat, la gestion d'affaires, la société.

---

(1) L. 33, l. 85, 1, *de legat.*, 1 (30).

(2) Heimbach, *Basil.*, t. II, p. 597.

b). Bekker invoque ensuite des textes où les jurisconsultes signalent les causes alléguées dans l'exercice d'une *condictio.* Il conclut de là à l'absence d'une *condictio* abstraite et par suite à l'absence d'une *condictio certi generalis.*

Les fragments cités par Bekker sont relatifs à l'*enrichissement* considéré comme source d'obligation. Cela détruit toute la portée de son argument. En effet : Les jurisconsultes peuvent très bien indiquer, pour l'exercice d'une *condictio*, les causes d'enrichissement qui la feront triompher, sans qu'il résulte de là que ces causes fussent renfermées dans la formule. En définitive, on ne peut exercer une action sans la fonder sur une cause quelconque ; seulement on peut l'invoquer, soit dans la formule, comme dans la plupart des actions personnelles, soit devant le juge, *in judicio*, comme dans la *condictio.* Or, devant le juge il importait de dégager la cause, en matière d'enrichissement ; les notions juridiques n'étaient point développées à Rome sur cette matière, même parmi les jurisconsultes ; le juge avait besoin d'être éclairé, sur l'enrichissement invoqué, par des opinions de jurisconsultes, d'être informé que l'espèce à lui soumise renfermait véritablement une cause d'obligation susceptible de faire triompher le demandeur. On conçoit donc fort bien que dans leurs traités sur la *condictio* de l'*enrichissement* les jurisconsultes romains s'appliquassent à préciser la cause que l'on pouvait invoquer *in judicio* et que ce souci se reflète dans les fragments qu'ils nous ont laissés.

c). Enfin, ajoute Bekker, si on admettait l'application générale de la *condictio certi* en vertu de la loi 9, on aurait dû l'admettre non seulement à l'époque de Julien (1), mais même déjà au temps de Cicéron, et l'on devrait dire que dans le Pro Roscio

---

(1) L. 17 § 2, 25-2 ; déjà citée.

le demandeur a exercé la *condictio certi* à la place d'une action de bonne foi.

Pour Bekker cette proposition semble invraisemblable et insoutenable. Elle est cependant très naturelle, car le domaine de la *condictio* alla en se restreignant et non en s'élargissant, avec les progrès du droit romain.

Nous ne saurions passer sous silence une autre interprétation de la loi 9. D'après elle, les mots « ex qua certum petitur » signifieraient « ex qua *certa pecunia credita* petitur ». Le passage voudrait dire : il y a lieu à *condictio certi* toutes les fois qu'on invoque une *certa pecunia credita*. En effet, réclamer un *certum* c'est exercer la *condictio si certum petitur* (1), et exercer la *condictio si certum petitur* c'est réclamer une *certa pecunia numerata* ou *credita* (2). Donc, réclamer un *certum*, c'est invoquer une *certa pecunia numerata* ou *credita;* et il s'agit dans la loi 9 d'une *certa pecunia credita*. Les exemples cités par Ulpien à l'appui de son principe sont dans ce sens, car ils se ramènent tous à un *mutuum*, à l'idée d'un *creditum*. En résumé, dit-on, « la loi 9 veut dire simplement, la *condictio certi* peut être intentée à l'occasion de tout fait et de tout contrat, pourvu qu'il y ait un *creditum* dont le montant soit certain » (3). Cette explication ne saurait être admise ; elle prête à Ulpien un non sens, car si Ulpien ne dit point que le demandeur ait le choix entre l'action du contrat et la *condictio*, il dit que la *condictio* compète partout où elle compète (4).

L'existence d'une *condictio certae pecuniae generalis* est encore affirmée par des scholiastes des Basiliques, par Cyrille et Stéphane.

---

(1) L. 24, 12-1.
(2) L. 1 pr., 13-3.
(3) Hauriou, *op. cit.*, pp. 63 et suiv.
(4) Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 1167, note 1.

Cyrille et Stéphane vivaient fort longtemps après Justinien. On pourrait en conclure que leur témoignage est sans force pour la législation de ce prince, mais ce serait une erreur. « Ceux » qu'on appelle, dit Baron, les scholiastes des Basiliques sont » pour la plupart des scholiastes de la codification justi- » nienne. Leurs notes ont été faites, pour me servir d'une » expression exacte de Rudorff (1), « pour l'interprétation » officielle des Basiliques », mais elles sont restées liées à » l'œuvre de Justinien ; ainsi elles citent, non le texte des Basili- » ques, mais celui de la compilation de cet empereur et fournis- » sent une preuve complète pour le droit de son époque ».

Les Scholiastes Cyrille et Stéphane constatent l'existence d'une *condictio certi generalis;* ils posent le principe dans trois scholies relatives à notre loi 9 et à la loi 4 12-1 reproduites aux Basiliques (2). Ils en fournissent ensuite diverses applications pour la *stipulatio*, le furtum, etc.

Voici le texte des trois premières, les plus importantes :

I. « Quod igitur ait ex omni causa, non pertinet ad actiones » in rem sed ad omnem causam sive contrahendi sive donandi » animo quis obligatus sit; itaque non solum ex quadriga obliga- » tionum : re, verbis, literis et consensu, certi condictio compe- » tit sed ex quadriga etiam delictorum, id est ex furto, ex damno, » ex rapina et ex injuria; *licet enim damnum certum non sit,* » *tamen qui passus est, ea aestimat* » (3).

---

(1) Rudorff, *Röm. Rechtsg.*, t. I, p. 356.

(2) Basil., ll. 4 et 9, 23-1.

(3) Texte grec :

(Ἀπὸ πάσης αἰτίας) ..... τὸ οὖν ἐκ πάσης αἰτίας εἴρηται, οὐ εἴπρὸς τὰς ἰν ῥέμ, ἀλλὰ πρὸς πᾶσαν αἰτίαν εἴτε κοντραένδι εἴτε δονάνδι ἀνίμῳ κατέστη τις ἔνοχος. Ὥστε οὐ μόνον ἀπὸ τῶν τεσσάρων ἐνοχῶν, τῆς ῥέ τῆς βέρβις τῆς λίτερις καὶ τῆς κονσένσου κινεῖται ὁ παρῶν κονδικτίκιος, ἀλλὰ ἐκ τῶν ἰσαρίθμων ταύταις ἐνοχῶν, τουτέστιν ἀπὸ κλοπῆς, ἀπὸ ζημίας, ἀπὸ ἁρπαγῆς,

II « Observa enim, quo modo lex indistincte dicat : *ex omni* » *contractu licet nobis certum condicere.* Theophilus tamen » beatae memoriae ait, nec pro stipulatione, quae in faciendo » consistit, nec pro actione ex emto, qua emtor uti potest, con- » dictionem intendi posse, quatenus stipulatio, quae in faciendo » consistit, incerta est. Contractuum enim quosdam secundum » naturam incertos esse ait, ut stipulationes in faciendo; quos- » dam propter contrahentium ignorantiam, ut cum quis stipu- » latur quae in arca sunt. Et in his quidem, qui secundum naturam » incerti sunt, ait cessare condictionem; in his autem, qui non » secundum naturam sed propter contrahentium ignorantiam » incerti sunt, ait condictionem intendi. In actione autem ex » emto emtor (non) recte dicit : *si paret dare;* neque enim vendi- » tor necesse habet, emtorem dominum facere, sed tantum rem » venditam tradere compellitur et evictionis nomine duplam pro- » mittere. Haec ut dixi Theophilus beatae memoriae. Manifestum » autem est, eum, qui factum stipulatus est, non posse specialiter » factum ipsum per condictionem petere; neque emtor rem ipsam » vel quod ejus interest per condictionem a venditore petit; » *si tamen utrumque aestimaverit, recte certi condictionem* » *intendit;* generaliter enim et indistincte Ulpianus ait, ex » omni contractu certo et incerto posse nos certi condictione » agere. *Ceterum in plus petitionis periculum incidit tam qui* » *factum stipulatus est quam emtor* » (1).

καὶ ἀπὸ ὕβρεως. Κἂν γὰρ οὐκ ἐστὶν ἡ ζημιά δήλη, ὅμως διατιμᾶται ταῦτα ὁ παθων.

Scholie de Cyrille sur les mots *ex omni causa* de la loi 9, 23-1, *de rebus creditis,* d'Ulpien, aux Basiliques. V. Heimbach, *Basil.*, t. II, pp. 594 et 595.

(1) Texte grec :

(Καὶ ἀδηλον συναλλάγματος) .....βλεπε γὰρ πῶς ἀδιαστίκτως ὁ νομος ἐπιφέρει λέγων, ἀπὸ παντὸς συναλλάγματος ἔξεστιν ἡμῖν κέρτως κινεῖν. Θεόφιλος μὲν ὁ μακαρίτης φησίν, μήτε ἀντὶ τῆς ἐν φακιένδο ἐπερωτήσεως, μήτε ἀντὶ τῆς ἐξ ἔμπτο, ἥν ὁ ἀγοραστὴς δύναται κινεῖν, κινεῖσθαι τὸν

III. « Cum enim praesens condictio *generalis* sit et complectatur » condictionem indebiti et quae ad eam referuntur, id est condic- » tionem causa data causa non secuta, condictionem ob turpem » vel ob injustam causam et praeterea generalissimam indebiti, » condictionem scilicet sine causa, et furtivam, quando intenditur » secundum naturam ejus et proprietatem, et proprie condictio- » nem ex stipulatione certa; nam cum nulla alia ex ipsa sti- » pulatione certa oriatur, statim certi condictio generalis » nascitur, ut ait Ulpianus, Dig. 24, h. t. Nam ex aliis quidem » contractibus et causis alia quaedam nascitur actio prior, ut » puta ex emto locato, condictio ex mutuo, act. commodati, » depositi, et, nihilominus ex iisdem certi condictio generalis » induens actionem jam dictam velut genus intenditur; ex certa » autem stipulatione nulla actio nascitur praeter solam gene- » ralem certi condictionem » (1).

κονδικτίκιον, καθ' ὁ ἡ μὲν ἐν φακιένδο ἐπερώτησις κατὰ φύσιν ἐνκερτα ἐστί. Των γὰρ συναλλαγμάτων τὰ μεν κατὰ φυσιν ἐνκέρτα εἶναι φησι, ὡς τὰς ἐν φακίενδο ἐπερωτήσεις, τὰ δὲ διὰ τὴν συναλλασάντων ἄγνοιαν, ως ἔνθα τις ἐπερωτᾶ τὰ ἐν τῇ κιϐωτῷ· καὶ ἐπὶ μὲν τῶν κατὰ φύσιν ἐνκερτων οὔ φησι κινεῖσθαι τὸν κονδικτίκιον· ἐπὶ δὲ τῶν ὅσα μὴ κατὰ φύσιν, ἀλλὰ διὰ τὴν ἄγνοιαν τῶν συναλλασόντων ἐστὶν ἔγκερτα, κινεισθαὶ φησι τὸν κονδικτίκιον· ἐπειδὴ ὁ ἀγοραστὴς καλῶς λέγει, σὶ πάρετ δὰρε. Οὔτὲ γὰρ ἀνάγχη τὸν πράτην δεσπότην ποιεῖν τὸν ἀγοραοτὴν, ἀλλὰ μόνον αὐτῷ τραδιτεύειν ἀναγχάζεται τὸν πεπράμενον, καὶ ἐπερωτᾶσθαι τὴν περὶ ἐκνικήσεως δούπλαν. Ταῦτα μὲν οὖν, ὡς εἶπον, Θεόφιλος ὁ μακαρίτης. Δῆλον δὲ, ὅτι ὁ φάκτον επερωτήσας οὐ δύναται διὰ τοῦ κονδικτικίου αὐτὸ τὸ πρᾶγμα ἤτοι τὸ διαφέρον διὰ του κονδικτικίου τὸν πράτην ἀπαιτεῖ· ἑκατερον μέντοι αὐτῶν διατεμησάμενος καλῶς τὸν κέρτον κινεῖ κονδικτίκιον· Γενικῶς γὰρ καὶ ἀδιαστίκτως φησὶν ὁ Οὐλπιανός, ἀπὸ παντὸς συναλλάγματος κέρτου τε και ἐγκέρτου δύνασθαι ἡμᾶς τὸν κονδικτίκιον κέρτον κινεῖν. Ετέρῳ δὲ λόγῳ τὸν τῆς πλοὺς πετιτίονος κίνδυνον ἑαυτῷ παρατίθησιν ὅτι τὸ φάκτον ἐπερωτήσας, καὶ ὁ ἀγοραστής.

Scholie de Stéphane, sur les mots *sive ex incerto* de la même loi.

(1) Texte grec :

(Κατὰ βληθέντος τοῦ χρέους) .....γενιχὸς γὰρ ὢν ὁ παρὼν κονδικτικίος

Ces scholies nous apprennent que Théophile interprétait d'une manière étroite la loi d'Ulpien; d'après lui la *condictio certi* n'aurait pas eu lieu pour faire valoir la *stipulatio incerta*, ni pour remplacer l'action *ex emto*. Le scholiaste Stéphane repousse cette interprétation ou plutôt accorde la pensée de Théophile et celle d'Ulpien.

Il est exact, en effet, de dire, avec Théophile, qu'on ne peut exercer la *condictio certi* dans le même but que l'action *ex emto;* l'action *ex emto* tend à un *tradere vacuam possessionem* de la chose vendue; la *condictio certi* tend à un *dare* d'une somme d'argent; elles ne sauraient donc fonctionner, à vrai dire, l'une à la place de l'autre. Mais, Ulpien a aussi raison de dire que le créancier peut évaluer son droit et exercer la *condictio certi* et que la *condictio certi* peut être exercée à la place de l'action *ex emto*.

Ces scholies nous apprennent, en second lieu, que la *condictio certi* était appelée *generalis*, λογος γενικος, pour employer l'expression grecque des scholiastes et qu'elle s'appliquait à toute cause d'obligation, non seulement aux quatre espèces

---

καὶ περιέχων τὸ ἰνδέβιτον καὶ τοὺς ὑπὸ τὸν ἰνδέβιτον ἀναγομένους, ἤτοι τὸν καῦσα δάτα νὸν σεκοῦτα, τὸν ὀβ τοῦρπεμ βελ ἰνίουσταμ καῦσαμ καὶ πρὸς τούτοις καὶ τὸν γενικώτατον του ἰνδεβίτου, λέγω δὲ τὸν σίνε καύσα κονδικτίκιον, καὶ τὸν φούρτιβον, ἔνθα μὲν κινεῖται κατὰ τὴν αὐτοῦ φύσιν καὶ ἰδίοτητα καὶ κυριῶς ἀπὸ κέρτης ἐπερωτησεως· μηδενος γὰρ ἑτερου τικτομένου ἐξ αὐτῆς της κέρτας επερωτησεως αυτοθι ὁ κέρτος γενικὸς τίκτεται κονδικτίκιος, ὡς ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῶ κδ' Διγ. τοῦ παρόντος τιτ. φήσιν. Ἀπὸ μὲν γὰρ τῶν ἄλλων συναλλαγμάτων καὶ αἰτιῶν ἄλλη τις προτίκτεται προτέρα ἀγωγή, οἷον ἐξ ἐμπτο, λοκάτο, δεινειαχὸς κουνδικτίκιος, δεποσίτου, κομμοδάτου, καὶ οὐδὲν ἧττον ἀπ' αὐτῶν ὁ κέρτος γενικὸς κονδικτίκιος ἀναδυόμενος τὴν ἤδη λεχθεῖσαν ἀγωγήν, ὡς γένος κινεῖται· ἀπὸ δὲκέρ της ἐπερωτήσεως οὐδὲν ἕτερον τικτεται ἢ μόνος ὁ κέρτος γενικὸς κονδικτίκιος.

Scholie de Stéphane sur les mots *soluto debito* de la loi 4, 23-1, *de rebus creditis* d'Ulpien aux Basiliques. V. Heimbach, *Basil.*, t. II, pp. 590 et 591.

d'obligations contractuelles, *re*, *verbis*, *litteris* et *consensu*, mais aussi aux quatre espèces d'obligations délictuelles *ex furto*, *ex damno*, *ex rapina* et *ex injuria;* qu'elle s'y appliquait même si l'objet était incertain, grâce au droit d'évaluation.

En résumé, d'après Cyrille et Stéphane la *condictio certi* était le seul mode sanctionnateur propre à certaines obligations comme celle de la *stipulatio certa*, mais en outre elle sanctionnait, électivement, avec d'autres actions, les autres obligations.

Le principe ainsi posé est très net. Il est encore mis en lumière dans des applications à divers contrats, soit par les scholies que nous venons de citer, soit par d'autres. Ainsi l'on pourra se servir de la *condictio certi* pour les causes suivantes d'obligation :

1° La *stipulatio incerta* ou *in faciendo*. — La *condictio* doublait ici l'action *ex stipulatu :* « Est et in faciendo stipulatio; pos-
» sum autem et ejus aestimatione facta certum condicere » (1).

2° La vente. — Elle doublait l'action *ex emto :* « Neque
» emtor rem ipsam vel quod interest per condictionem a ven-
» ditore petit; si tamen utrumque aestimaverit, recte certi
» condictionem intendit » (2).

3° Le legs. — « Haec (legata) si quidem in pecunia consistunt,
» per certi condictionem haud dubio peto; si vero in aliis spe-

---

(1) Texte grec :

.....ἔστι δὲ καὶ ἐν φακιένδο, τουτέστιν ἐν ποιήσει ἐπερώτησις· ἀλλὰ δυναμαι διατιμώμενος καὶ αὐτὴν φανερόν τι καὶ ὡμολογημένον ἀπαιτεῖν.

Scholie de Stéphane sur les mots *ex causa legati* de la loi 9, 23-1 d'Ulpien, aux Basiliques. Heimbach, *Basil.*, t. II, p. 597.

(2) Texte grec :

.....οὔτε γὰρ ὁ ἀγοραστὴς αὐτὸ τὸ πρᾶγμα ἤτοι τὸ διαφέρον διὰ τοῦ κονδικτίκιου τὸν πράτην ἀπαιτεῖ· ἑκάτερον μέντοι αὐτῶν διατιμησάμενος καλῶς τὸν κερτον κινεῖ κονδικτίκιον.

Scholie de Stéphane, déjà citée sur la loi 9 aux mots *sive ex incerto*.

» ciebus, possumus per nos rei aestimatione facta eadem certi » condictionem agere » (1).

4° Le *damnum injuria datum*. A la place de l'*action legis Aquiliae* : « Certum est autem, eam competere, quatenus damn » dati laesus per se aestimationem fecit et certum petit ; puta » si quis servum meum occiderit dignum nummis decem, certi » condictionem intendam ad petitionem nummorum (2).

5° Le *furtum*. — « Sive quae subtracta sunt pecuniae sint, » citra controversiam certa quantitas condicitur, sive alia res » est, quae subrepta est, qui furtum passus est, rei per se » aestimatione facta certum condicere potest vel triticaria uti, » ut jam supra tibi traditum est ; non solum igitur per condic- » tionem furtivam res subtractas petere possum sed et per certi » condictionem, cum certa scilicet pecunia sit » (3).

---

(1) Texte grec :

.....τὰ τοιαῦτα (τουτ' ἐστὶν λεγάτα), ει μὲν ἀργύρια εἰσι, διὰ τοῦ παρόντος κονδικτίκιον ἀπαιτῶ ἀναμφιβόλως. Εἰ δὲ ἐν ἑτέροις εἴδεσι, δυναμεθα διατιμησάμενοι τὸ πραγμᾶ καθ' ἑαυτοὺς τὸν τοιοῦτον κερτον κινεῖν κονδικτίκιον.

Scholie de Stéphane, sur les mots *ex causa legati* de la loi 9, 23-1 aux Basiliques. Heimbach, *Basil.*, t. II, p. 597.

(2) Texte grec :

(Καὶ ζημίας) δῆλον δὲ, ὁτι ἐν ὦ διατιμησάμενος καθ' ἑαυτὸν τὴν γενομένην ζημίαν ὁ βλαβεὶς καὶ κέρτως κινεῖ. Τί γὰρ, ὅτι ἐφονευσέ τις τὸν δοῦλον μου ἄξιον ὄντα δέκα. Κινήσω κέρτον κονδικτίκιον εἰς απαιτησιν τῶν νούμμων.

(3) Texte grec.

Εἴτε ἀργύρια εἰσι τὰ κλαπὲντα, κινεῖται ἀμάχως ἐπὶ κέρτης ποσότητος ὁ παρῶν κονδικτίκιος, εἴτε πρᾶγμα εἰή ἑτερον τὸ κλαπέν, δύναται διατιμώμενος αὐτὸ καθ' ἑαυτόν ὁ κλαπεὶς κέρτως τὸν παρὸντα κινεῖν κονδικτίκιον ἢ τὸν τριτίκαριον, ὡς ἀνωτέρω σοι παραδέδωκεν· οὗ μόνον οὖν διὰ τοῦ φουρτίβου κονδικτίκιου τὰ κλαπὲντα δύναμαι μηθοδεύεσθαι, ἀλλὰ διὰ τοῦ παρόντος κονδικτίκιον, κέρτον δηλονότι κινοῦντος τοῦ ἀργυρίου.

Même scholie.

Voyez aussi scholie de Cyrille sur les mots *omni causa*, de la loi 9, 23-1, aux Basiliques. Heimbach, *Basil.*, t. II, p. 595.

6° Le *fideicommis* universel. — « Nam pro utilibus actioni-
» bus fideicommissarius certi condictionem intendere potest,
» aestimatione rei per se facta, contra heredem ; nam pro Tre-
» belliano Senatus consulto aestimatione per se facta fideicom-
» missi certi condictionem contra heredem movere potest ;
» fideicommissarius enim Trebellianum habet adversus here-
» dem » (1).

7° Enfin le commodat, le louage, le dépôt. — « Nam ex aliis
» quidem contractibus et causis alia quaedam nascitur actio
» prior, ut puta ex emto, locato, condictio ex mutuo, act. com-
» modati, depositi, et nihilominus ex iisdem certi condictio
» generalis induens actionem jam dictam velut genus intendi-
» tur » (2).

On peut se demander si les Scholiastes soupçonnaient l'origine de cette application générale de la *condictio certae pecuniae*. Elle provenait de deux idées : l'idée d'évaluation en argent accordée au demandeur pour toute espèce de droit, et l'idée d'absence de cause dans la *condictio*. La première est propre à la *condictio certi*, les Scholiastes la signalent ; la seconde est commune aux *condictiones* et les Scholiastes l'ignoraient peut-être ; la procédure formulaire avait en effet depuis longtemps disparu ; il n'était plus question d'*intentio* ni de *condemnatio* dans la formule, il n'y avait plus à distinguer les

---

(1) Texte grec.

(Καὶ καθ' ὁμάδα φιδεικομίσσου) ἀντι γὰρ τῶν οὐτιλίων ἀγωγῶν δύναται ὁ φιδεικομισσάριος τὸν κέρτον, κινεῖν κονδικτίκιον, δικτιμησάμενος καθ' ἑαυτὸν τὸ πρᾶγμα, κατὰ κληρονόμου. Ἀντὶ γὰρ τοῦ Τρεβελλιάνου δόγματος δύναται καθ' ἑαυτὸν διατιμησάμενος τὸ φιδεικόμισσον κινεῖν τὸν κέρτον κονδικτίκιον· ὁ γὰρ φιδεικομισσάριος τὸ Τρεβελλιάνειον ἔχει κατὰ τοῦ κληρονόμου.

Scholie de Stéphane sur les mots *et fideicommissi universalis* de la loi 9, 23-1, aux Basiliques. Heimbach, *Basil.*, t. II, p. 597.

(2) Voyez la scholie déjà citée de Stéphane sur les mots *soluto debito* de la loi 9, 23-1.

instances *in jure* et *in judicio*, les actions concrètes et abstraites (1). Mais cela importe peu; les Scholiastes pouvaient se méprendre sur l'origine de l'application générale de la *condictio certi;* il n'en reste pas moins acquis que celle-ci s'exerçait pour tous les droits même incertains et qu'on trouve dans les Scholiastes la preuve que ce résultat était obtenu au moyen de la transformation que faisait le créancier de son droit en un droit à une somme fixe d'argent.

Telle est la *condictio certi* dite *generalis*. Malgré les témoignages formels des textes, son existence a été fortement contestée ; cela du reste ne doit pas surprendre. Si on ne considère point la *condictio* comme une action abstraite, cette application générale devient une anomalie, et est inexplicable. Savigny, Bethmann-Hollweg, Vangerow sont logiques en la contestant. Keller, Rudorff forcés de l'admettre en présence des textes que nous avons cités, sont obligés d'y voir une altération des caractères primitifs de la procédure formulaire romaine, et le produit d'une tardive évolution. Toute difficulté s'évanouit, en regardant, avec Baron, la *condictio* comme une action abstraite; ce qui paraissait inexplicable devient une conséquence logique de la nature de cette action.

Le droit d'évaluation ainsi établi, on peut se demander à quelle époque il fut introduit, ou tout au moins s'il existait à l'époque de Cicéron.

Le droit d'évaluation ne se développa point sans doute aussitôt après l'innovation de la loi Silia; mais son apparition ne dut point tarder et elle se produisit, selon toute apparence, avant l'introduction du système formulaire, sous le système des actions de la loi. On ne saurait à cet égard tirer objection du passage où Gaius (2) déclare que le juge devait, dans la *legis*

---

(1) Voyez à cet égard C. 3, 7-4.

(2) Gaius, IV, § 48.

actio, condamner *ad rem ipsam;* cette phrase signifie seulement que le juge ne pouvait transformer la prétention du demandeur et condamner le défendeur à de l'argent, quand il était réclamé autre chose. Elle ne s'élève en aucune façon contre le droit du demandeur de transformer lui-même sa prétention et de réclamer, au lieu de l'objet dû, sa valeur.

On peut, au contraire, voir une preuve du droit d'évaluation accordé au créancier sous le système des actions de la loi dans ce que Valerius Probus appelle l'*arbitrium litis aestimandae*. On sait que la procédure du *sacramentum* aboutissait à une décision sur la justesse du *sacramentum*. Le juge se bornait à déclarer que le *sacramentum* de l'une ou l'autre des parties était *justum;* il ne statuait pas sur le fond même du droit (1); aussi le demandeur triomphant n'obtenait pas, par cette voie, une satisfaction complète. Pour obtenir une condamnation sur le fond même de sa réclamation, il devait recourir à un moyen de procédure accessoire, appelé *arbitrium litis estimandae*. Or, comme le juge devait condamner *ad rem ipsam*, et ne pouvait faire une estimation, cette estimation devait nécessairement appartenir au demandeur seul, sinon, cette expression *litis aestimandae* serait impropre.

On peut aussi considérer le principe de la *plus petitio* comme issu de ce droit d'évaluation; logiquement, il résulte de ce fait que le créancier fait de son droit une estimation exagérée, partant coupable, et qu'il doit en être puni par la perte totale de sa prétendue créance. Cette considération s'appuie fortement sur ce fait, que la *condictio incerti* n'appartient point au système des actions de la loi, mais fut créée plus tard. Elle nous apparaît comme un moyen mis à la disposition des plaideurs d'éviter les dangers de la *plus petitio*, danger qui se manifestait sous le système des actions de la loi, dans l'emploi

(1) Cic., *Pro Caecina*, § 33, *Pro domo*, § 27. *De oratore*, I, 10.

de la *condictio* et justement parce que le demandeur, en évaluant son droit, ne pouvait réclamer qu'une *res certa*.

Enfin, si le témoignage du Pro Roscio comoedo n'est pas formel, pour établir, à l'époque de Cicéron, l'existence du droit d'évaluation, on peut faire valoir que ce droit explique, à merveille, bien des passages obscurs de ce discours.

CHAPITRE II

ÉTUDE DE LA CONDICTIO CERTAE PECUNIAE EXERCÉE PAR FANNIUS

Formule de la *condictio* exercée par Fannius. — Son double fondement. — De la *pecunia credita*. — De la société.

Nous venons d'étudier en elle-même, dans ses éléments essentiels, la *condictio certae pecuniae*. Il nous faut maintenant l'appliquer au procès entre Roscius et Fannius et, d'après les circonstances de la cause, démêler avec quels arguments elle était soutenue par Saturius et repoussée per Roscius.

Les deux adversaires se présentèrent devant Pison avec une formule de *condictio certae pecuniae* ainsi conçue :

« C. Calpurnius Piso judex esto.

» Si paret Q. Roscium C. Fannio HS. ɪɔɔɔ, dare oportere, » Judex, Q. Roscium C. Fannio HS. ɪɔɔɔ condemnato, si non » paret absolvito » (1).

De plus chacun était porteur d'une formule spéciale, à raison de la *sponsio* et de la *restipulatio tertiae partis*. Cette formule lui donnait droit à un tiers de 50,000 sesterces, si dans le procès principal il obtenait gain de cause sur son adversaire.

La formule que nous venons de donner de la *condictio certae pecuniae* est abstraite; par conséquent Fannius avait le droit d'alléguer toutes sortes de causes à l'appui de sa demande, cependant il est évident qu'il n'en pouvait point inventer et que son avocat Saturius s'était limité à la production de quelques-unes. Quel était donc le fondement donné par Fannius à sa

(1) Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, p. 815.

prétention ? Nous ne possédons point le discours et l'argumentation de Saturius, mais on peut les reconstituer. Cicéron parla après lui, il s'attacha à réfuter chacune de ses assertions et il est naturel de croire qu'à chaque réplique de Cicéron correspond un argument de son adversaire.

Or la réplique de Cicéron se divise en deux parties. Dans la première, il démontre qu'il n'y a pas eu de *pecunia credita ;* dans la seconde, que rien n'est dû par Roscius à raison de la société. La prétention de Fannius devait donc reposer sur un double fondement, sur une *certa pecunia credita* et sur la société.

A. *De la « certa pecunia credita »*. — C'est parce que Fannius invoquait la *pecunia credita* qu'il y avait eu une *sponsio* et une *restipulatio tertiae partis* préalablement à l'action principale.

Mais qu'était cette *certa pecunia credita ?* En d'autres termes : sous cette dénomination un peu vague, sur quels faits Chaerea basait-il sa prétention ?

« Pecuniam creditam, dit Gaius, dicimus non solum eam » quam credendi causa damus, sed omnem quam tum, quum » contrahitur obligatio, certum est debitum iri, id est quae » sine ulla conditione deducitur in obligationem » (1).

Telle est la définition d'un jurisconsulte du second siècle (2). Mais elle n'est point exacte pour la *certa pecunia credita* au temps de Cicéron (3) ; je n'en veux pour preuve que le passage bien

(1) Gaius, III, § 124ª.

(2) D'après Voigt, dans son ouvrage sur la *condictio ob causam* (p. 269), la définition de Gaius se réfèrerait seulement à la loi Cornelia *de satisdationibus.*

(3) Cicéron ne prononce pas le mot de *certa pecunia credita,* mais on ne saurait douter qu'il réfutât l'argument d'un *creditum.* Fannius l'invoquait, puisqu'il y avait eu une *sponsio poenalis tertiae partis* et cette *sponsio* n'existe que pour les demandes invoquant une *certa pecunia credita.* V. Gaius IV, §§ 13 et 171. — « Pecunia tibi debebatur certa quae nunc petitur

connu d'Africain dans la loi 34 pr., 17-1 (1). Dans ce passage Africain refuse de voir un *creditum* dans le prêt indirect que fait le mandant à son mandataire, en l'autorisant à garder, à titre de prêt, des sommes qu'il a recouvrées en son nom; il n'admettait point que le *creditum* pût, comme dans l'espèce qu'il examine, résulter d'un pacte nu. C'est cependant ce qu'affirme Gaius. Il est probable que l'idée de la *certa pecunia credita*, comme beaucoup d'idées juridiques romaines, subit une évolution et ne se développa que lentement; d'abord restreinte à certains cas, elle devint peu à peu plus compréhensive. Il est probable qu'elle sortit du *mutuum*, puis fut étendue, graduellement, à la stipulation et au contrat *litteris* (2)

» per judicem, in qua legitimae partis sponsio facta est ». P. R. C., § 10. « Pecunia petita est certa cum tertia parte sponsio facta est » P. R. C., § 14.

(1) « Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus ejus pecuniam exegisset, epistolam ad eum emisit, qua significaret certam summam ex administratione apud se esse eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus : quaesitum est, an ex ea causa, credita pecunia peti possit et an usurae peti possint? Respondit, non esse creditam : alioquin dicendum ex omni contractu, nuda pactione, pecuniam creditam fieri posse. Nec huic simile esse, quod si pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt : item quod, si a debitore meo jussero te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est. His argmentum esse, eum, qui cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum : et tamen pecuniam ex argento redactam, periculo ejus fore, qui accepisset argentum et in proposito igitur dicendum, actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo nummi fuerint, tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat ». On sait au contraire qu'Ulpien professait une doctrine contraire et admettait la théorie de la *traditio brevi manu*. Cette nature du *creditum* était encore en pleine évolution au IIIe siècle (l. 15, 12-1).

(2) Telle est la théorie de Savigny. D'après lui on aurait vu un prêt fictif dans la stipulation et le contrat *litteris*. Voigt, au contraire, voit le point de départ non dans le *mutuum*, mais dans la stipulation (Voigt, *Cond. ob causam*, § 39).

et enfin embrassa les contrats non solennels tels que la vente etc. et les simples pactes nus. Ce fut là le terme de son évolution et c'est à cette évolution achevée que se réfère la définition de Gaius.

Quoi qu'il en soit, et sans nous appesantir sur cette théorie, si délicate, de la *pecunia credita*, on peut affirmer qu'à l'époque de Cicéron elle ne pouvait résulter du seul consentement, que ce consentement devait être accompagné des formes ordinaires des contrats solennels, que par suite elle ne pouvait résulter que du *mutuum*, de l'*expensilatio* et de la *stipulatio*. C'est, du reste, le témoignage formel de Cicéron. Il ne peut y avoir lieu, dit-il, à la *sponsio tertiae partis* et par suite à *pecunia certa credita* que dans trois cas : il faut que la *pecunia certa* que l'on réclame ait été ou *data*, ou *expensa lata*, ou *stipulata*. « Pecunia petita est certa, cum tertia parte sponsio facta est. » Haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata, aut » stipulata sit ».

De ces trois causes, laquelle était invoquée par Fannius ?

De l'*adnumeratio*, c'est-à-dire d'un prêt réel de 50,000 sesterces, fait par lui à Roscius, il ne parlait point. Nous avons vu du reste par le récit des faits que Roscius ne reçut jamais rien de Fannius.

Une *stipulatio* aurait pu, semble-t-il au premier abord, être invoquée. Roscius et Fannius avaient fait, sur les conseils de Pison, alors qu'il était arbitre, une transaction pour mettre fin au différend. Fannius s'était engagé à lui rendre la moitié de ce que lui paierait Flavius, et Roscius en retour devait, si on se le rappelle, lui compter 100,000 sesterces. Or, on pourrait croire que, ces 100,000 sesterces, il les promit par une *stipulatio;* ce serait alors en vertu de cette *stipulatio* qu'il serait poursuivi. Cela est peu probable ; au dire de Cicéron il n'y aurait aucun témoignage de cette *stipulatio*, et du reste, comme nous l'avons montré, l'habileté de Roscius,

en cédant aux sollicitations de Pison et en accordant ou plutôt en semblant accorder à Fannius plus qu'il ne demandait, fut justement de le lier par une stipulation formelle, tandis que lui ne s'engageait point ou du moins ne s'engageait que par un simple pacte (1).

On fait il est vrai remarquer qu'à propos de la stipulation Cicéron parle de la *taciturnitas testium*. Il y eut donc des témoins interrogés sur le fait de la stipulation, et par suite cette cause était invoquée (2). Mais cela ne prouve pas qu'ils eussent été interrogés sur le fait d'une stipulation ; ils pouvaient avoir été appelés pour établir le pacte, base de la *litterarum obligatio*, et Cicéron peut faire remarquer en passant qu'ils n'avaient fait aucune allusion à une stipulation.

Reste l'*expensilatio*, le contrat *litteris;* c'était là le fonde-

---

(1) Jam duae partes causae sunt confectae, adnumerasse se negat, expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat...; praetera enim quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio. Stipulatus es ? ubi ? quo die ? quo tempore ? quo presente ? quis spopondisse me dicit ? Nemo. P. R. C., § 13.

Pecunia petita est certa; cum tertia parte sponsio facta est. Haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit. Datam non esse Fannius confitetur, expensam latam non esse codices Fanni confirmant, stipulatam non esse taciturnitas testium concedit P. R. C., § 14.

(2) En ce sens Heimbach (V. Schmidt, *op. cit.*, p. 11) ; Puchta ajoute aussi, pour appuyer l'hypothèse d'une stipulation, que cette stipulation était constatée dans les *adversaria* de Fannius, et que Fannius, en les produisant, avait pour but de la prouver. Mais c'est une pure hypothèse. Rien ne l'autorise, dans les fragments du discours. Fannius produisait ses *adversaria* seulement pour établir le contrat *litteris*. Cette prétention était folle comme nous le verrons ; aussi Puchta et Heimbach ne pouvant croire à une demande basée sur une pareille cause ont supposé l'affirmation d'une *stipulatio*. Mais, avons-nous déjà dit, Fannius ne se bornait pas à invoquer le *creditum*, il se basait également sur la société, et si sa prétention, basée sur le contrat *litteris* était téméraire, elle avait quelques chances de réussite basée sur la société ; il n'est point nécessaire, pour expliquer sa conduite, de recourir à l'hypothèse d'une *stipulatio*.

ment véritable donné par Fannius à sa demande, et on ne saurait en douter en présence de l'argumentation de Cicéron. Il glisse sur l'*adnumeratio*, il glisse sur la *stipulatio*, mais il s'applique à démontrer, avec un véritable luxe de développements, que Fannius ne peut invoquer le contrat *litteris* (1).

B. *De la société.* — Fannius invoquait également la société qui avait existé entre lui et Roscius. On serait tenté de le nier. D'un côté en effet, Cicéron déclare que les 50,000 sesterces ne peuvent être dues qu'en vertu d'un *adnumeratio*, d'une *expensilatio* ou d'une *stipulatio*, et après avoir écarté ces trois fondements, il déclare rigoureusement sa tâche finie. D'un autre, s'il s'étend sur la société et démontre que Roscius ne doit pas davantage comme associé, ce n'est, dit-il, qu'afin d'élever le prestige de son client, en en proclamant l'honorabilité; au point de vue juridique, sa démonstration est superflue.

Si Fannius ne pouvait alléguer une obligation née *ex societate*, il ne serait point vrai que la *condictio* fût une action abstraite; tout au moins, on devrait admettre qu'elle perd ce caractère, lorsqu'on y joint une *sponsio tertiae partis*, et que dans ce cas ses fondements se précisent; ils se réduiraient implicitement aux trois sources de la *pecunia credita* (2). Mais

---

(1) Schmidt, *op. cit.*, p. 11.

(2) On a effectivement prétendu qu'il fallait distinguer de la *condictio certi* une *condictio certae pecuniae creditae*. D'après Heimbach (*Lehre vom creditum*, p. 553,), ces deux *condictiones* différeraient aux points de vue suivants.

1° Au point de vue de la formule. La *condictio certae pecuniae creditae* dans sa formule n'a point de *demonstratio* : elle a seulement une *intentio* et une *condemnatio*. Dans ces deux parties de la formule il s'agit d'une *pecunia certa d'après les idées romaines*; le demandeur allègue un droit à une *pecunia certa* et réclame une condamnation à une *pecunia certa*. Enfin, cette *condictio* ne contiendrait point dans sa formule la *causa*, elle serait abstraite.

cela n'est point; l'adjonction d'une *sponsio tertiae partis*, circonstance tout accidentelle, ne saurait enlever à la *condictio* son caractère d'action abstraite et générale.

Cicéron, il est vrai, dit que les 50,000 sesterces ne pouvaient être réclamées qu'en vertu d'une *adnumeratio*, d'une *expensilatio* ou d'une *stipulatio;* mais cette affirmation s'applique seulement à la réclamation d'une *pecunia certa credita*, donnant lieu à la *sponsio tertiae partis*.

Au contraire la formule de la *condictio certi* avait, dans certains cas tout au moins, une *demonstratio*. Sa *condemnatio* portait sur une somme d'argent, mais son *intentio* tendait soit à une *pecunia* déterminée (et non pas *certa d'après les idées romaines*), soit à une *alia certa res*. Le demandeur du reste n'avait pas le droit d'évaluation et, si une *certa res* autre que de l'argent lui était due, il ne pouvait réclamer dans l'*intentio* une *certa pecunia*. Enfin cette *condictio* n'était pas nécessairement abstraite, puisqu'elle pouvait renfermer une *demonstratio;*

2° Au point de vue de la procédure. Il y avait pour la *condictio certae pecuniae creditae* deux procédures : la procédure *per sponsionem* et la procédure sans *sponsio*. La procédure *per sponsionem* nous est peu connue; elle devait consister en un procédé, analogue à celui employé pour les interdits. Il y avait deux formules basées sur la *sponsio* et la *restipulatio* et elles étaient jointes à la formule principale sur la *pecunia credita*. La procédure sans *sponsio* portait le nom de *judicio uti oportet se defendere*. Pour y remplacer la *sponsio* on se servait probablement d'un autre procédé imaginé comme *poena temere litigantium*. On employait donc la procédure *per formulam petitoriam* et le défendeur y joignait un *judicium calumniae*, ou bien un *jusjurandum calumniae*.

Dans la *condictio certi* il n'y avait point de *sponsio poenalis*. La procédure était celle du *judicio uti oportet se defendere*.

Heimbach signale encore une autre différence, moins importante, entre les deux *condictiones*, au point de vue de l'*exceptio non numeratae pecuniae*.

La distinction d'Heimbach aboutit, comme on le voit, à assimiler dans une certaine mesure la *condictio certi* et la *condictio triticaria*, car toutes deux se trouvent avoir pour objet une *alia certa res*. La loi 1 pr., 13-3, s'élève contre cette assertion : « Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur, *Si certum petetur;* qui autem alias res, per *triticariam* actionem petet ». Elle donne pour objet à la *condictio certi* toute *pecunia certa*

« *Cum tertia parte sponsio facta est; haec pecunia necesse est* etc. ».

La demande de Fannius, en effet, était complexe, double, pour ainsi dire; il réclamait purement et simplement 50,000 sesterces, et, à ce point de vue, peu importait la cause alléguée; il pouvait justifier sa réclamation de toute manière; d'un autre côté, il réclamait une peine, par le moyen de la *sponsio tertiae partis;* mais là, pour triompher, il ne lui suffisait point de prouver que 50,000 sesterces lui étaient dues, il lui fallait en outre prouver qu'il y avait *pecunia credita*, c'est-à-dire que les 50,000 sesterces lui étaient dues en vertu d'une *adnumeratio*, d'une *expensilatio*, ou d'une *stipulatio*. Les mots *necesse est* de Cicéron se rapportent aux fondements spéciaux de la *pecunia credita*, non aux fondements généraux de l'action.

Plus loin il examine la question de savoir si Roscius ne doit rien en vertu des règles de la société, mais sa démonstration, dit-il, est inutile pour le gain de la cause et ne doit servir qu'à établir l'honorabilité de son client; il feint de croire que Roscius n'est point attaqué comme associé, que l'action exercée ne l'incrimine point de ce chef (1). Mais c'est là un procédé

---

numerata et ne distingue point suivant que cette *pecunia* a été on non *credita*. On rencontre, il est vrai, l'expression *actio certae pecuniae creditae*, mais très rarement; elle signifie action dans laquelle on réclame une *certa pecunia credita*, mais cela ne prouve nullement qu'elle soit distincte de la *condictio certi* et que celle-ci ne puisse avoir pour objet une *pecunia certa credita*.

La théorie de Heimbach est intéressante, mais elle ne nous paraît pas exacte; les arguments, qu'on peut faire valoir contre elle, sont nombreux; ce n'est point ici le lieu de les présenter; nous renvoyons sur ce point au § 14 de l'ouvrage de Baron sur les *condictiones*. La théorie de Heimbach y est refutée, ainsi qu'une autre théorie, de Voigt.

(1) Hic ego si finem faciam dicendi, satis fidei et diligentiae meae, satis causae et controversiae, satis formulae et sponsioni, satis etiam judici fecisse videar, cur secundum Roscium judicari debeat...

Quod et reus is est cui et pecunia levissima et existimatio sanctissima

d'avocat qui cherche à améliorer la situation de son client et à couvrir les vices de la cause ; en réalité Cicéron était obligé de défendre son client à l'égard de la société, comme à l'égard du contrat *litteris;* ce qui le prouve sans conteste c'est qu'il répond directement à plusieurs arguments de l'avocat adverse Saturius ; ainsi s'il affirme qu'un associé comme Roscius pouvait transiger pour sa part, c'est que Saturius avait soutenu qu'il ne peut transiger que pour la société. Cette conduite de Cicéron avait-elle pour but de tromper le juge ? Il n'y a point apparence; Pison était trop bon jurisconsulte pour ignorer que la *condictio* était une action abstraite, et juge trop attentif pour oublier les arguments de Saturius tirés de la société ; atteste-t-elle l'ignorance chez Cicéron des règles de la procédure ? Pas davantage, quoiqu'un jurisconsulte et un avocat fussent à Rome choses fort différentes. Cicéron, pour être soupçonné d'une pareille ignorance, a trop montré dans ses ouvrages sa science juridique. Ses paroles étaient inspirées par son système de défense ; elles avaient pour but de donner plus de prix à ses arguments, en les présentant comme superflus, dans une cause déjà gagnée, alors qu'ils étaient, en réalité, de toute nécessité (1).

---

fuit semper, et judex est is, quem nos non minus bene de nobis existimare quam secundum nos judicare velimus, et advocatio ea est, quam propter eximium splendorem ut judicem mutum vereri debeamus, perinde ac si in hanc formulam omnia judicia legitima, omnia arbitria honoraria, omnia officia domestica conclusa et comprehensa sint, perinde dicemus. Illa superior fuit oratio *necessaria,* haec erit *voluntaria,* illa ad judicem, haec ad C. Pisonem, illa pro reo, haec pro Roscio, illa victoriae, haec bonae existimationis causa comparata. P. R. C., §§ 14, 15.

(1) Tout d'abord on ne saurait prétendre que Cicéron ignorât le droit. Ce que l'on sait de son instruction et de ses études s'élève contre une pareille hypothèse. Sa première enfance s'écoula dans l'opulent quartier des Carènes à côté de la demeure des Scaevola. De bonne heure, tout en suivant les leçons de Phèdre l'épicurien et de Philon l'académicien, il fut initié à la connaissance des lois par Scaevola l'augure et Scaevola le grand pontife. Plus tard il ne cessa point de cultiver leur amitié, et ce

Le contrat *litteris* et la société. tels étaient donc les deux

---

commerce ne peut s'expliquer que par un grand amour du droit. Il se trouvait du reste à bonne école. Quintus Mucius Scaevola l'augure est l'auteur d'un traité περὶ ὅρων et on lui doit la caution Mucienne. P. M. Scaevola le grand pontife, devait surtout convenir à Cicéron. On l'avait surnommé le plus éloquent des jurisconsultes et le plus savant des orateurs (*Brut.*, XXXIX, n° 145). Cité avec honneur au Digeste, il crivit un Traité en 18 livres sur le droit civil (*De orat.*, I, 56, 240. *Brutus*, LXXXIX, 306). A l'école de Scaevola, Cicéron eut pour condisciple Rutilius Rufus dont le nom est célèbre dans les annales du droit romain. Pour oncle il avait le jurisconsulte Aculéon, ami de Crassus (*De orat.*, I, 43, 191. — *Brut.*, LXXVI, 264). Pour rivaux et aussi pour amis il eut souvent les Hortensius, les Cotta, personnalités marquantes du barreau, et Servius Sulpicius contre qui il défendit Murena, et qui abandonna le barreau pour l'étude exclusive du droit; auteur d'un ouvrage sur la dot (Aul.-Gel., IV, 3, 2). Aussi n'est-on point étonné si on lit dans Aulu-Gelle que Cicéron avait songé à réunir en un seul corps les éléments épars du droit civil. Il aurait même composé un ouvrage institulé *De jure civili in artem redigendo*. Bien que Teuffel ait prétendu que cet ouvrage serait le VIe livre du *De legibus*, il devait être destiné à la pratique, si l'on en juge par son titre. Tout cela établit qu'à son titre d'avocat Cicéron avait mérité de joindre celui de jurisconsulte.

Cicéron cependant, dira-t-on, n'aimait point le droit et avait pour lui un dédain bien méprisant, car dans le Pro Murena il le fait passer au second rang, après la rhétorique (Pro Murena, § 28.) — On en trouve au contraire un éloge dans les Philippiques et les paroles de Cicéron s'expliquent dans le Pro Murena. Il luttait contre Servius Sulpicius, une des gloires de la science du droit, et il était naturel de rabaisser le prestige de son adversaire. — On ne peut non plus prendre au sérieux cette affirmation, qu'en trois jours on peut devenir jurisconsulte. Papon et Jean Lizac, fameux arrêtistes, ont pris la boutade au sérieux, se sont lourdement appliqués à la refuter et on fait une apologie *ex professo* des jurisconsultes. Leur naïveté aurait dû aussi défendre les philosophes, car Cicéron raille aussi les ridicules des philosophes stoïciens. Combien est plus sincère cet éloge du droit dans le Pro Caecina. « Nam qui jus civile contemnendum » putat, is vinculo revellit non modo judiciorum sed etiam utilitatis » vitaeque communis. — Nihil esse in civitate tam diligenter quam jus » civile retinendum. — Quid enim est jus civile? Quod neque inflecti » gratia neque perfrugi potentia, neque adulterari pecunia possit; quod » si non modo oppressum sed etiam desertum aut negligentius ad serva-

fondements de la *condictio* exercée par Fannius (1). Pour les apprécier et examiner s'ils étaient susceptibles de faire triompher la demande, il importe de les étudier séparément.

§ 1er. *De l'*expensilatio *invoquée par Fannius.*

Date et montant de cette *expensilatio.* — Notions générales sur le contrat *litteris.* — Des livres des Romains. — Composition et fonction du *codex accepti et expensi.* — Obligations qui naissaient *litteris.* — Éléments et mécanisme du contrat *litteris.* — Inscriptions produites par Fannius. — Valeur des inscriptions portées sur les *adversaria* du demandeur et sur les *codices* d'un étranger.

L'*expensilatio* qu'invoquait Fannius avait eu lieu trois ans auparavant; elle avait été, selon toute apparence, la suite de la

---

» tum erit nihil ut quod quisquam sese habere certum, aut a patre » accepturum, aut relicturum liberis arbitretur ». Dans le *De oratore*, le sage Crassus s'écrie (I, 43) en parlant du droit : « Ex his enim et » dignitatem » et il ajoute (I, 44) exaltant la loi des XII Tables : « Fre- » mant omnes licet! Dicam quod sentio : bibliothecas mehercule » omnium philosophorum unus mihi videtur XII Tabularum libellus, » si quis fontes et capita viderit, et auctoritatis pondere et utilitatis » ubertate superare ». Tout ce passage est admirable d'élan, est animé d'un amour ardent du droit. Qu'importe après cela une boutade d'orateur ou quelques attaques railleuses contre de vieilles formes ridicules ?

Accuser Cicéron de mauvaise foi est moins hasardé, mais il nous paraît plus conforme à son caractère de voir dans ces paroles du Pro Roscio une exagération d'avocat qu'une tentative de tromper le juge sur un point de droit fort connu.

(1) Ce point très important des fondements de la demande fait l'objet des plus vives controverses. Ainsi Unterholzner prétend que Fannius aurait voulu prouver son droit par la *litterarum obligatio* au moyen de ses codices.

München est du même avis; Puchta prétend qu'Unterholzner a été dupe des artifices de barreau de Cicéron et qu'en réalité le triomphe de Fannius se réduirait à prouver la stipulation.

D'après le bref commentaire ds Heimbach, Fannius aurait invoqué à la fois la *litterarum obligatio* et la stipulation.

Klotz est très obscur mais semble adopter l'opinion de Heimbach.

transaction proposée par Pison; cette transaction acceptée, Fannius avait promis par *stipulation* de donner à Roscius la moitié de ce que lui paierait Flavius; Roscius avait bien reconnu devoir 100,000 sesterces, mais seulement par *simple pacte;* Fannius reconnut sans doute après coup qu'on lui avait tendu un piège, qu'il n'avait pas d'action contre son associé, puisqu'un simple pacte n'engendre point d'action; pour lier juridiquement, à son tour, Roscius, il s'avisa de porter la dette de celui-ci sur ses livres, non point sur ses *codices*, mais sur ses *adversaria* ou brouillons. De cette façon, il l'espérait du moins, les deux situations devaient être égales, et, si lui, Fannius, était tenu *ex stipulatu*, Roscius serait tenu, à son tour, *ex litteris*.

Le peu de netteté des paroles de Cicéron sur cette matière ne donne à cette supposition que la valeur d'une hypothèse; mais, on peut du moins affirmer que l'inscription portée par Fannius sur ses livres fut antérieure au paiement de 50,000 sesterces que Roscius lui fit en exécution de la transaction. Cette inscription, en effet, constatait une dette de 100,000 sesterces, et elle aurait seulement porté sur les 50,000 de solde, si elle avait été postérieure à ce paiement.

Pour apprécier la valeur des allégations de Fannius, il est indispensable de dire un mot du contrat *litteris*. On sait que cette institution originale est pour nous enveloppée d'une obscurité que tous les effets des romanistes ne parviennent point à dissiper. Les récents travaux de Voigt lui-même ne nous y font voir guère plus clair; et il convient toujours de répéter la parole de désespérance de Danz : « En cette matière, si l'on » trouve des raisons, ce sont plutôt des raisons de douter, que » des raisons d'affirmer ».

Le contrat *litteris* est un contrat dans lequel l'obligation naît *ex litteris*. Les *litterae*, dans ce contrat, jouaient un rôle analogue à celui des *verba* dans la stipulation. En réalité, elles ne constituaient pas l'obligation, mais lui donnaient la forme juri-

dique, solennelle, requise par la rigueur du droit romain ; sans cette forme, l'obligation réduite à ses éléments naturels, n'avait pas d'existence légale; elle était sans sanction. Il faut donc se garder de considérer les *litterae* ou les *verba* de la stipulation comme des modes *générateurs* d'obligation; l'obligation existe sans eux, à l'état de simple pacte ; les *litterae* et les *verba* se bornent à la révéler, à lui donner sa force, son apparence juridique, sans laquelle le droit ne la reconnaîtrait point;
ce sont des formes révélatrices.

En quoi consistent les formes *litteris*, que faut-il entendre par *litterae ?*

Les *litterae* étaient une formalité ayant pour but de créer ou d'éteindre certaines obligations au moyen d'une inscription sur un livre spécial que tenaient les Romains et que l'on appelait le *Codex accepti et expensi.*

Les Romains tenaient plusieurs livres (1) et l'on peut dire que les erreurs commises par les commentateurs sur le contrat *litteris* proviennent, pour la plupart, d'une confusion regrettable entre ces divers livres ; il importe donc de les bien distinguer.

Ces livres étaient de deux sortes, il y avait les livres domestiques tenus de sa propre initiative par le *paterfamilias* et les

---

(1) Tous ces livres de la vie romaine furent à l'origine de simples tablettes de cire. Tite-Live, I, 24, 7.— Gaius, II, § 104; Ulp., XX, 9, l. 1, § 2, 48-10. — Plaute, *Curculio*, III, 39. — Cic., *In Verrem*. II, 1, 36, 92. La réunion de ces tablettes, comme du reste un assemblage de planchettes ordinaires, s'appelait « *Caudex* » : c'est l'origine des *codices* (*Varron. Non.* 535, 15. Senec., *de brevit. vit.*, XIII, 4). Plus tard s'introduisit l'usage du papyrus ; au temps de l'empire on fabriquait du parchemin. Les feuilles du codex portèrent dès lors les noms de *chartae*, (l. 31, § 1, 34-3 et de *membranae*, l. 10, § 2, 2-13.— Gaius, *ad edict. prov.*). Du reste, l'usage des tablettes de cire subsista longtemps, comme on le voit par les découvertes de Pompéi et divers textes. Corp. I, L. III, pp. 921 et suiv., l. 52 pr., 32, § 1 note 54; l. 1 pr., 37-11 ; l. 1, § 4, 48-10; l. 19, 37-4, *Inst.*, II, 10, § 12. — Paul, *Sentent.*, *Rec.* IV, 7, 6.

livres commerciaux dont l'usage fut emprunté aux *argentarii*.

Les premiers étaient :

1° Le *libellus familiae*, on l'appelait aussi *liber patrimonii* (1).

2° Le *kalendarium* ou *liber kalendarii* (2).

---

(1) Le *libellus familiae* fut rendu nécessaire par la réforme du *tributum* opérée en 486. Cette réforme avait soumis au *tributum*, à côté des fonds, le mobilier. Il fallait faire, sur ce point, une déclaration au cens, d'après certaines catégories; on fut naturellement porté à tenir des livres où l'on mentionnait les diverses parties du patrimoine, distribuées et détaillées suivant ces catégories, par exemple les *praedia*, *instrumentum rusticum*, *supellex*, *aurum*, *argentum factum*, *mundus muliebris*, *vestis*, etc. Ce livre fut appelé *liber patrimonii* (l. 99 pr., 32-1); il constatait en définitive l'état et le nombre des biens (*Varron R. R.*, I, 22, 6, l. 3, § 5, 33-10; l. 99 pr., 32-1. Voyez Voigt, *Ueber die Bank.*, p. 18. — Padeletti, *Arch.*, *giurid.*, IV, p. 611.

(2) Le *kalendarii liber* (Sen., ep. LXXXVII, 7) ou livre de l'échéance, plus souvent appelé *kalendarium* (Sen., ep. XLIV, 18, *de benef.*, I, 2, 3, VII, 10, 3, l. 64, 32-1; l. 41, 12-1; l. 58, 15-1; l. 27, § 3, 33-7) était le livre du prêt à intérêts. Il relatait spécialement les capitaux prêtés à intérêts, les *foenora* stipulés, comme les *arcaria nomina* avec leurs dates d'échéance, leurs taux d'intérêts, ou le remboursement des capitaux et les réceptions d'intérêts (l. 40, § 4, 40-7; l. 23 pr., 33-8). Voyez sur le *kalendarium :* Brissonius, *de signif. verb.* à ce mot Walter; *Gesch des R. R.*, 609; Hecht *die kalendarienbücher* (Heidelberg, 1868) et Padeletti, *Archiv. giurid*, IV, p. 611. Son nom venait de ce que les intérêts dont il constatait le remboursement et la stipulation étaient, suivant l'usage romain, payés le premier du mois. Son usage n'était pas seulement privé. On le trouve employé pour les deniers publics qui étaient placés à intérêts. Ces intérêts étaient recouvrés par un *curator kalendarii* nommé spécialement par l'empereur; l'hypothèse d'un *collegium kalendariorium* est fausse et repose sur la lecture erronnée d'une inscription. Le *kalendarium* n'était pas un simple journal; c'était, dit Africain, une *ratio* (l. 64, 32) c'est-à-dire un livre de compte, on y comprenait, d'un côté l'administration du *kalendarium*, de l'autre, l'administration générale du patrimoine. La *ratio kalendarii* est donc le compte-courant du *kalendarium* considéré comme personne fictive, avec le patrimoine général. Brissonius définit le *kalendarium :* « Librum foenebris pecuniae creditae, seu codicem, in quem » nomina debitorum referuntur. Calendarum nomine ejus modo libro-

Les seconds étaient :

1° Les *adversaria* ou simples brouillons (1).

2° Le *codex* ou *tabula rationum* (2).

3° Le *codex accepti et expensi.*

Chacun avait une fonction différente, notamment le *codex accepti et expensi* qu'on serait tenté facilement de confondre avec le *codex rationum.*

Les *adversaria*, le *libellus familiae*, le *kalendarium*, le *codex rationum*, ne sont point des institutions originales, et propres à la vie romaine ; on les retrouve dans la vie contemporaine ; ce sont les livres des commerçants ou même les simples papiers domestiques ; ils pouvaient être affectés à des usages spéciaux, mais ils avaient pour caractère commun de se borner à *constater* des actes ; leur but était de perpétuer le souvenir de certains faits ou d'établir la situation financière de la famille.

Le *codex accepti et expensi*, au contraire, était d'un usage exclusivement romain ; cette institution ne se retrouve point ailleurs que dans la vie antique. Son rôle n'était point de *constater* divers actes, de contenir les mentions les plus étrangères les unes aux autres, comme les livres qui précèdent ; son rôle exclusif était de *former* ou d'*éteindre* une obligation. Il

---

» rum paginis praeposito, quae deinde nomina fecissent adscribere sole-
» bant ». La notion exacte du *kalendarium* ne semble pas encore avoir été élucidée, et l'on discute encore sur les mentions qu'elle renfermait. V. Voigt, *Uber die Bank.*, p. 19, note 7 et Hecht, *op. cit.*, p. 7.

(1) Les *adversaria* sur lesquels Cicéron s'étend très longuement dans les §§ 5-8 du Pro Roscio étaient le livre journalier du *paterfamilias*, celui où il inscrivait les opérations au fur et à mesure de leur accomplissement. Les diverses mentions qu'il relatait étaient destinées à être plus tard reportées avec soin sur le *codex rationum.* On les appelait aussi *ephemeris* (Cic., *Pr. Quinct.*, § 57 ; Ovid., *Am.*, XII, 25 ; Prop., IV, 23, 19 ; Corn. Nep., *Att.*, XIII, 6, etc.).

(2) Cic., *In Verr.*, II, § 60, *Pr. Coel.*, § 17 ; *Pr. Font.*, §§ 5, 12 ; l. 6, § 7, 40-7 ; l. 13, § 2, 40-4.

mentionnait des créances et des dettes, et cela non point pour les fixer, en servir de preuve éventuelle, mais pour les *créer* ou les *éteindre* (1).

Une comparaison entre ce *codex* et le *codex rationum* rendra plns sensible la différence.

Le *codex rationum* était un livre de recettes et de dépenses. Il constatait l'état sommaire des affaires familiales. Il comprenait deux séries de pages que l'on appelait *paginae accepti, paginae expensi.* Le *pagina accepti* renfermait toutes les recettes ; elle constatait l'actif; la *pagina depensi* renfermait toutes les dépenses; elle établissait le passif. Grâce à ces deux *paginae* on établissait facilement le rapport de l'actif et du passif, en faisant la balance (2).

Le *codex accepti et expensi* comprenait aussi deux parties. Il y avait des *tabulae accepti* et des *tabalae expensi* (3). Cette

---

(1) Nous disons créer une obligation, sous le bénéfice de l'observation qui précède, c'est-à-dire créer civilement, revêtir de la forme légale et obligeante des allégations simplement naturelles, ou bien substituer à une obligation civile une nouvelle obligation civile.

(2) Pline, *H. N.*, VII, 22.— Cic., *Top.*, III, 16.— *Pro Cluent.*, § 83, l. 10, 33-10 ; l. 31, § 1, 34-3; l. 91, §§ 3, 4, 6, (32). — Cic., *Pro Fonteio*, § 3. — Plaut., *Curcul*, IV; 2, 36.— Sen., *de benef.*, IV, 32, l. 47, § 1, 2-14 ; l. 34, 3-5. — Le *codex rationum* était fait d'après les notes portées sur les *adversaria* (Cic. *Pro Cluent.*, § 82 ; *In Verr.*, II, §§ 23, 60 ; *Pr. Font.*, §§ 3, 4 ; *de or.*, II, 23, 97 ; *de or.*, II, 69, 280 ; *Pr. Rosc.*, § 4, etc.).

Il y avait diverses espèces de codex rationum : 1° le codex rationum domesticarum ; 2° le codex rationum mensae aut argentariae ; 3° le codex rationum pecoris ; 4° le codex rationum oleariarum ; 5° le codex rationum frumentariarum ; 6° le codex rationum vinariarum, etc. Un seul codex eût été insuffisant pour un patrimoine important. V. Voigt, *Uber die Bank.*, pp. 23, 29.

(3) Plaut, *Truc.*, I, 1, 52 : in argentariis — habere — pro tabulis — ubi aera prescribantur usuraria, accepta dico, expensa ne qui censeat — Cic., *In Verr.* II, § 186; *Pr. Roscio*, § 2, tabulae accepti et expensi, etc.

ressemblance a égaré les interprètes (1). Mais la *tabula accepti* du codex *accepti et expensi* ne correspond nullement à la *pagina accepti* du *codex rationum*, ni la *tabula expensi* à la *pagina depensi;* les *tabulae* différaient des *paginae* par leur composition et par leur but.

Par leur composition, car elles ne renferment point comme les *paginae* du *codex rationum* toutes sortes de créances ou de dettes. La *tabula accepti* est consacrée aux créances et seulement à certaines créances; elle comprend, en principe, seulement celles qui sont susceptibles d'être formées ou d'être éteintes *litteris* et l'inscription qu'elle renferme a justement pour but de les *créer* ou de les *éteindre*. Ainsi, le père de famille a stipulé 100 sesterces; cette créance est née *ex stipulatu;* elle ne sera point portée pour sa formation sur la *tabula accepti;* étant née *ex stipulatu* il n'est point nécessaire qu'elle naisse *ex litteris*. Au contraire cette créance pourra très bien être portée sur le *codex rationum*, car ce codex n'a pas pour but de créer ou d'éteindre les obligations, mais de les constater, pour les prouver au besoin. — La *tabula expensi* joue le même rôle que la *tabula accepti;* seulement elle est affectée aux dettes. Le père de famille qui veut se lier *litteris* porte la dette qu'il a contractée sur la *tabula expensi* avec la formule ordinaire pour la formation d'une dette. Il l'y mentionne également, pour l'éteindre, avec une formule spéciale.

Par leur but, car le *codex accepti et expensi* est, non un livre de compte comme le *codex rationum*, mais un livre spécial, consacré à certaines obligations, ayant pour but de les créer, de les nover, ou de les éteindre et de réaliser un mode particulier d'obligation appelé par les modernes *contrat litteris* (2).

---

(1) Ainsi M. Gide affirme que le *codex accepti et expensi* était un livre de caisse et que les Romains n'en tenaient point d'autres

(2) Gaius, III, §§ 89, 119, 128, 131, 134, Inst. III, 21; Théoph., *Par.*, III,

Pour éclaircir cette définition, il importe de nous demander quelles obligations créait ou éteignait ce codex, et au moyen de quelles formalités, cela avait lieu.

Le mode *litteris* ne s'appliquait qu'à des obligations ayant pour objet soit de l'argent, soit une chose fongible autre que de l'argent. On a prétendu qu'il se restreignait aux créances pécuniaires; en ce sens, on allègue que dans un passage où Gaius compare le *contrat litteris* au *mutuum*, il ne le compare pas à un *mutuum* quelconque, mais seulement à un *mutuum* formé par une *numeratio pecuniae;* on ajoute que parmi les exemples cités par Gaius on trouve les créances d'un vendeur ou d'un bailleur, créances ayant pour objet une somme d'argent mais non celles d'un acheteur ou d'un preneur qui sont des choses autres que de l'argent. Cette opinion ne nous paraît pas exacte; l'usage du codex a été emprunté par les *patresfamiliae* aux *argentarii;* or le codex des *argentarii* relatait des choses fongibles autres que de l'argent; cela résulte des §§ 66 et suivants (com. IV) de Gaius. Gaius nous y apprend que le banquier, avant de poursuivre son client, doit établir au moyen de son codex la balance, sous peine de *plus petitio*, de ce qu'il doit et de ce qui lui est dû, et réclamer le reliquat. Or parmi ces créances et ces dettes Gaius cite des obligations ayant pour objet *oleum*, *triticum*, de l'huile, du froment, toutes choses fongibles mais autres que de l'argent (1).

13-2. Cette idée que le *codex accepti et expensi* n'est pas un livre de compte, ressort du reste d'un texte des Verrines, cité par Salpius (Novation und delegation, Berl., 1864 in-vol., pp. 81 et suiv.) et par Voigt (*Ueber die Bank.*, p. 38). Par exception le *codex accepti* a un peu joué le rôle de livre de compte par les *arcaria nomina* comme nous le verrons. Mais alors il perd son caractère original. Du reste malgré son importance, les Romains n'hésitaient point à confier la tenue de ce codex à un esclave *dispensator* comme celle du *kalendarium* ou du *codex rationum*. Voigt. *Ueber die Bank.*, p. 39 et § 2, not. 84, 85, 86.

(1) Voigt, *Ueber die Bank.*, p. 37. L'auteur allemand, s'appuyant sur

Si l'on passe maintenant aux obligations que les *litterae* validèrent, on trouve que leur application varia d'étendue suivant les époques.

Dans les premiers temps de Rome les contrats n'étant validés que s'ils étaient revêtus d'une forme solennelle, on peut considérer le mode *litteris* comme étant avec le mode *verbis* ou stipulation, d'une application générale à tous les contrats. Quant aux obligations nées de délits ou de quasi-délits, elles étaient reconnues par le droit, sans forme spéciale. Ces deux modes du reste ne faisaient point un double emploi; si la stipulation était applicable pour les obligations de choses non fongibles, à l'exclusion du contrat *litteris*, celui-ci remplaçait la stipulation dans les obligations *inter absentes* où elle était d'une application impossible.

Plus tard, vers le milieu de la République, on admit la validité de certains contrats dépourvus de la forme solennelle. On sanctionna des contrats réels, comme le *mutuum*, le dépôt, le gage, et quatre contrats consensuels, la vente, le louage, le mandat, la société (1). L'utilité des *litterae* fut donc de beaucoup diminuée; l'usage en subsista cependant, car elles gardèrent, avec la stipulation du reste, leur caractère indispensable pour certaines obligations; pour d'autres elles étaient

---

un passage de Théophile, admet même que la *receptio argentarii* et l'*acceptilatio* correspondante s'étendaient aussi aux choses non fongibles. Ἡ δὲ *receptitia* ὁ τι δηποτε ἔιη, τὸ εποφειλομενον, εἴτε κἰνητον εἴτε ακινητον αντιφωνησαντος τραπεζιτου, κινεισθαι δύναται. Παντὰ γὰρ εν εαυτῃ επιδεχεται τὰ εποφειλομενα. Comp. Justin., Cod., 2, § 1, 4-18.

(1) Ainsi, d'après Voigt, la *mutui datio* aurait été élevée au rang de contrat de 525 à 554, le dépôt aussitôt après (v. Voigt, *Das jus naturale, aequum et bonum, et jus gentium der Römer*. Leipzig, 1856-1875, 4 vol., t. IV, 611 et suiv., II, p. 541, III, note 478). La vente ou *emtio venditio* aurait été sanctionnée vers la même époque que la *mutui datio*, entre 525 et 550, et après elle les trois autres contrats consensuels (Voigt, *jus natur.*, t. IV, pp. 539 et suiv., pp. 603 et suiv., et *Ueber die Bank.*, pp. 31 et 32).

simplement utiles; pour d'autres, enfin, elles ne produisaient aucun effet; ainsi :

Avec la stipulation, elles s'appliquèrent exclusivement comme par le passé aux *pactes d'intérêts* ajoutés au *mutuum* (1), et, d'une façon générale, aux *nuda pacta* et à toutes ces conventions qui jouèrent un si grand rôle au IIe et au IIIe siècles sous le nom de *contrats innommés* (2). *A leur égard les litterae jouaient un rôle générateur* (3).

Pour les contrats consensuels sanctionnés elles n'étaient plus indispensables; cependant elles n'étaient point sans effet. Grâce à elles, l'obligation inscrite sur le codex se transformait; elle prenait la nature d'une obligation née à raison d'une *pecunia credita* et son action devenait *stricti juris*. Ainsi à une action *ex emto*, par exemple, action de bonne foi, on substituait une *condictio certae pecuniae*, action de droit strict; de

---

(1) V. Plaute, *Curc.*, I, 1, 52, et Voigt, *jus nat.*, t. IV, 2, 176. Par suite ces intérêts pouvaient être réclamés par la *condictio*.

(2) Cic., *ad Att.*, IV, 18, 2. « Pactionem recitavit, quam ipse et suus competitor Domitius cum consulibus fecissent, ut ambo H S, quadragena consulibus darent, si essent ipsi consules facti. — Haec pactio non verbis, sed nominibus et prescriptionibus multorum tabulis cum esse facta diceretur ».

(3) Voigt, *Ueber die Bank.*, pp. 33 et 34. Voigt cite encore la donation et un texte de Valère-Maxime : « C. Visellius Varro, gravi morbo correptus, trecenta millia nummum ab Otacilia Laterensis, cum qua commercium libidinis habuerat, expensa ferri sibi passus est eo consilio, ut, si decesisset, ab heredibus eam summam peteret quam legati genus esse voluit, libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando. Evasit deinde ex illa tempestate adversus vota Otaciliae. Quae offensa, quod spem praedae suae morte non maturasset, ex amica obsequenti subito destrictam feneratricem agere coepit nummos petendo, quos ut fronte inverecunda, ita inani stipulatione captaverat, etc. » *Stipulatio* est mis ici pour *promissio* (voy. par ex. Cic., *ad famil.*, XIII, 17, 3; *Philol.*, V, 18, 51). Il est peu probable qu'il s'agisse d'une *stipulatio* venant après une *expensilatio*. Elle eût été inutile. Voy. sur ce point Pagenstecher, *op. infrà cit.*, § 4, pp. 57 et suiv.

plus on se réservait la *sponsio poenalis tertiae partis*; *à leur égard les litterae jouaient un rôle novatoire.*

A l'égard des contrats réels ayant pour objet des choses fongibles, c'est-à-dire du *mutuum* et du dépôt irrégulier, l'inscription de l'obligation sur le codex ne produisait, pour le premier, aucun effet nouveau; elle n'ajoutait ni au contrat le caractère de *pecunia credita*, ni à l'action le caractère *stricti juris;* quant au dépôt irrégulier, bien que muni seulement d'une action de bonne foi, on ne jugea pas nécessaire de le munir d'une action de droit strict par l'inscription sur le codex, sans doute parce que cela présentait peu d'avantages; quoi qu'il en soit, on conserva l'inscription de ces deux contrats sur le codex, mais sans effet novatoire et une terminologie différente lui fut appliquée. Les créances véritablement créées pour la première fois, ou simplement novées par l'inscription, furent appelées *nomina transcriptitia;* les créances résultant des contrats réels et ne subissant aucune altération par leur inscription sur le codex furent appelées *nomina arcaria* (1); *à leur égard les litterae se bornaient à jouer un rôle probatoire* (2).

---

(1) C'est-à-dire « compte de caisse ». Gaius, III, §§ 131, 132, l. 26, 13-5. « *Ex arca tua mutua acceperat* ». Voyez Heimbach, *creditum*, pp. 370, et suiv. L'*arca* était la caisse : elle était placée à la porte du *tablinum* (Marquardt, Römische Privatalterthümer. Leipzig, 1864, 2 vol., t. I, p. 245). Le codex était probablement placé dans le *tablinum* (Bekker, *Gallus*, t. II, p. 216, 3e éd.).

(2) P. R. C., § 13; Gaius, III, § 131. « Alia causa est eorum nominum » quae arcaria vocantur : in his enim rei, non litterarum obligatio consistit; » quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia ; numeratio autem » pecuniae *re facit obligationem :* qua de causa recte dicimus, *arcaria* » *nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium* » *praebere* ». V. aussi Aul.-Gel., XIV, 2, 4, 7. Ce point a été méconnu par Keller, *Inst.*, p. 109 et lui a fait commettre des erreurs. La novation était ici inadmissible. La *condictio certae pecuniae* née du contrat *litteris* était de même nature que la *condictio triticaria* du *mutuum* ou du dépôt irrégulier. Quant aux intérêts, il était utile de les porter sur le codex, mais alors

Ajoutons enfin que le codex n'était en usage que dans la classe des personnes ayant un patrimoine assez considérable. Aussi, dans le fait, le contrat *litteris* n'appartenait point aux prolétaires qui n'avaient pas pouvoir de s'en servir comme des autres formes d'obligation. Voyez Voigt, *Ueber die Bank.*, p. 58.

Tel était le codex, organe essentiel du contrat *litteris*. Son but dans la vie civile était, sauf l'exception relative aux *nomina arcaria*, de vêtir de la forme solennelle légale, d'éteindre ou de nover solennellement certaines obligations ; à l'égard des banquiers, il jouait un rôle tout spécial, il servait à former un contrat qui leur était propre et qu'on appelait le *receptum argentarii* (1). Laissant de côté cette application spéciale du codex, on peut, en analysant le contrat *litteris*, reconnaître en lui trois conditions pour sa formation (2) :

---

c'était un simple pacte que l'on validait et non un *mutuum* que l'on novait ; le *mutuum* ne pouvait donner naissance qu'à une obligation ayant pour objet une somme égale à la somme reçue en prêt (l. 11, § 1, 12-1).

(1) Sur cette institution, voy. C. H. Zentmer, *De Recepto argentar.*, Berl., 1849. On l'appelle aussi *receptio*, sans que cette terminologie puisse être appelée romaine. Dans la nov. IV, 3, 1, Justinien l'appelle ἀργυρπρατικὴ ἀντιφώνησις, Théophile ἀντιφώνησις (*Par.*, IV, 6, 8). C'était un contrat par lequel l'*argentarius*, prenant à sa charge la dette d'un client, promettait de payer à jour fixe au créancier. Quoique cette *receptio* supposât l'usage du codex, c'était une institution de droit tout à fait spéciale et distincte du contrat *litteris ;* il était soumis à des règles différentes. Ainsi d'après Voigt, il s'appliquait à des obligations portées ou non portées sur le codex et n'exigeait point le *jussus* du débiteur pour l'inscription sur le codex (Voigt, *Ueber die Bank.*, p. 37, § 2, note 77).

(2) Bibliographie du contrat litteris. — Van Schlecht, *de lit. oblig*, Lugd. Batav., 1685. — J. Guil. Goebel, *de orig. et progressu litt. oblig.*, Helmst, 1723.— N.-H. Gundling, *Gundlingiana*, Halle, 1737. — J. Wybo, *de litt. oblig.*, Lugd. Batav., 1728. — W. a Stryen, *de litt. oblig.*, Lugd. Batav., 1736. — J. Nebbens, *de litt. obl.*, Traj. ad Rhen., 1737. — G.-L. Mencken, *de vera indole litt. oblig.*, Leips., 1749. — H. Wesseling, *de antiqua nominum obligat.*, Traj. ad Rhen., 1750. — G.-S. Madihn, *de vera*

1° L'existence d'une obligation ;

2° Un *jussus* du débiteur ;

3° Une inscription solennelle sur le codex.

L'existence d'une obligation était indispensable pour la formation du contrat *litteris ;* les *litterae* n'étaient point un contrat, mais une forme juridique, comme la stipulation. Elles ne pouvaient donner une force légale à ce qui n'existait point ; l'inscription sur le codex devait donc avoir lieu à la suite d'une obligation. Cette obligation pouvait être civile, et alors les *litterae* jouaient soit un rôle novatoire comme pour la vente, soit le rôle d'une délégation, comme dans la *transcriptio a persona in personam* dont nous parlerons plus loin, soit enfin un rôle probatoire, comme pour la vente, le *mutuum* et le dépôt irrégulier. Elle pouvait aussi être naturelle et dans ce cas les *litteris* lui donnaient une valeur dont elle était dépourvue ; il est évident, du reste, que le simple consentement des deux parties à l'inscription constituait une cause suffisante pour créer cette obligation préalable.

L'inscription sur le codex s'opérait d'un commun accord. Ainsi le créancier ne pouvait porter sa créance sur le codex

---

indole litt. oblig., Lugd. Bat., 1767. J. Vanselow, *de litt. obl.*, Lips., 1872. — N. H. Maasen, *de contractus litteralis natura*, Altorf, 1783. — A.-Z. Hanlo, *de nom. oblig.*, Amstelod, 1825. — Cropp., *Ueber die litt. oblig.* etc., Hambourg, 1827. — A. Wunderlich, *de antiqua litt. oblig.*, Götting, 1832. — Ortolan, *du contrat formé par l'écriture chez les Romains*, rev. de lég. et de jurisp., 1881, t. XIV, pp. 55 et suiv. — H. Schüler, *die litt. oblig. des älteren Röm. Rechts*, Bresl., 1842. — Savigny, *Vermisch. Schriften*, 1850, t. I, pp. 205 et suiv. — Pagenstecher, *de litt. oblig.*, Heidelb., 1851. — Hepp, thèse de Strasbourg. 1864, pp. 144-180. — Buonamici, *Sulle litt. oblig. in dirit. Rom.*, Archiv. giurid., 1868, t. XVI, pp. 1 et suiv. — Gide, *Observations sur le contrat litteris*, Rev. de lég., 1873, pp. 121 et suiv. — Begouen, *des oblig. littérales*, Havre, 1881. — Cauchetier, *Des obligations litt. en dr. romain*, Montdid., 1883. — C. Facelli, l'*Excep. non numer. pec.*, Torino, 1886. — Voigt, *Ueber die Bank.*, § 4, pp. 53 et suiv.

accepti et expensi qu'en vertu du *jussus* du débiteur (1). Du reste ce *jussus* pouvait être donné par lettre, par l'office d'un tiers; il n'était point nécessaire qu'il fût donné de vive voix. Aussi le contrat *litteris* présentait sur la stipulation cet avantage qu'il était possible entre absents (2).

Le *jussus* n'était soumis à aucune forme solennelle; il était en dehors des solennités proprement dites du contrat *litteris;* par suite, il devait, suivant les circonstances, faire l'objet d'une preuve directe. Voigt relève même, dans cette circonstance, un caractère original du contrat *litteris*, vis-à-vis des anciens contrats; dans ceux-ci tous leurs éléments se trouvaient réunis dans la même solennité et soumis au même ensemble de preuves (3).

Les inscriptions sur le codex étaient sans doute très variées; elles correspondaient, dans leur diversité, aux divers cas d'application du contrat *litteris*, mais elles devaient réunir certaines conditions communes. Ainsi les formules devaient être brièvement conçues (4). Elles exprimaient les noms des parties en

---

(1) La nécessité du *jussus* résulte de plusieurs textes. Ainsi, Cic., *Pro Rosc.*, § 2 : « Scripsisset ille, si non jussu hujus expensum tulisset? Non scripsisset hic, quod sibi expensum ferri jussisset »; Valère Maxime, VIII, 2, 2 : « Expensa fieri sibi passus est ».

D'après Théophile, le consentement du débiteur à l'*expensilatio* aurait lieu en quelques mots; le créancier adresserait au débiteur, à ce sujet, une demande non solennelle : « C. aureos, quos mihi ex causa locationis debes, expensos tibi tuli ? » Puis (ce que Théophile, il est vrai, oublie de dire) aurait eu lieu l'inscription et enfin le débiteur aurait présenté audit créancier un *solemne* ἐγγραφή en ces termes : *expensos mihi tulisti.* Mais il est reconnu que Théophile connaissait fort mal le contrat *litteris;* et nulle trace ne nous a été laissée des particularités qu'il indique (Théoph., *Par.*, III, 21).

(2) Gaius, III, § 138, *absenti expensum ferri potest.*

(3) Voigt, *XII Tafeln,* Leipzig, 1883, 2 vol., t. I, p. 176.

(4) Cic., *ad fam.*, IX, 10, § 11. *Profert duobus versiculis expensum Niciae.*

y ajoutant le plus souvent le nom de leur père (1) pour éviter des incertitudes sur leur individualité et des confusions, et si la créance était à terme on exprimait le terme (2). Dans tous les cas les inscriptions étaient datées (3).

Des expressions techniques désignaient les inscriptions considérées sous leurs divers aspects, tantôt au point de vue de la personne, créancier ou débiteur, qui les opérait, tantôt au point de vue de l'effet juridique à obtenir. D'une manière générale on distinguait l'*expensum* et l'*acceptum* : l'*expensum* ou sortie, génératrice d'obligation, du numéraire, et l'*acceptum* ou rentrée extinctive d'obligation. Lorsque le *mutuum* eut été muni d'une action spéciale et ne fut plus porté que pour la forme sur le codex, l'*expensum* véritable, c'est-à-dire celui produisant une obligation *litteris*, se trouva fictif, tandis que l'*expensum* correspondant au *mutuum* et ne constituant pas un mode d'obligation *litteris*, se trouva seul, par une sorte de bizarrerie, exprimer une réalité (4).

On distinguait l'*expensum latum* et l'*expensum relatum*, l'*acceptum latum* et l'*acceptum relatum;* pour cela on regardait la personne qui provoquait l'*inscriptio;* elle seule était censée *ferre*, et pouvait mettre sur son codex *fero;* l'autre était censée *referre*. Aussi pour la formation des obligations l'*expensum ferre* appartenait au créancier dont l'acte provoquait cette

---

(1) Cic., *in Verr.*, II, § 187. *Erant acceptae pecuniae C. Verruccio.*

(2) Cic., *ad fam.*, VII, 23, 1.

(3) Cic., *in Verr.*, II, 76, 188.

(4) La forme de l'*expensilatio* s'appuyant sur l'idée de numération quoique fictive, excluait la possibilité d'un terme ou d'une condition. Une numération est faite ou n'est pas faite ; l'apposition de ces modalités aurait vicié la mention tout entière. Voy. Frag. Vatic., § 329. *Sub conditione non recte acceptum vel expensum fertur.* Voy. aussi l. 77, 50-17 ; Voigt, *XII Tafeln*, § 17.

formation et l'*expensum referre* au débiteur; à l'inverse, pour l'extinction, comme c'est le paiement du débiteur qui entraîne la libération, l'*acceptum ferre* lui était réservé et *acceptum referre* désignait la mention faite par le créancier (1).

Ajoutons, comme particularité, que le créancier était caractérisé dans la mention sur le codex par les lettres *a f* qui précédaient son nom (2).

Tout ce qui, dans le compte *litteris*, était relatif aux créances, était porté sur la *tabula accepti*, et, tout ce qui regardait la dette, sur la *tabula expensi*. De cette manière, sur la même *tabula* se trouvaient les actes relatifs à la même obligation, actes de formation, d'extinction partielle ou d'extinction définitive, et ainsi l'on pouvait en quelque sorte suivre toutes les phases d'une obligation. De là cette bizarrerie, choquante au premier aspect, que la *tabula accepti* contenait des *expensa latae* et des *accepta relata*, tandis que la *tabula expensi* renfermait des *expensa relata* et des *accepta lata*. Le nom de ces *tabula* semblerait au contraire indiquer que la première était réservée aux *accepta lata* chez le débiteur, *relata* chez le créancier, la seconde aux *expensa lata* chez le créancier, *relata* chez le débiteur.

Il y avait du reste diverses espèces d'*expensum*, et autant de formules correspondantes.

a). L'*expensilatio* véritable; seule elle créait pour la première fois l'obligation et la créait *litteris;* elle ne se bornait point à produire un effet novatoire. Elle s'appliquait aux obligations plus haut déterminées.

b). La *transcriptio a re in personam ;* elle avait effet novatoire et s'appliquait aux obligations déjà sanctionnées; elle

---

(1) Cic., *Pr. Caecina*, § 17; *In Verr.*, I, §§ 92, 93; II, §§ 70, etc., et les textes cités par Voigt, *Ueber die Bank.*, § 3, note 7.

(2) Cic., Or. XLVII, § 158.

changeait leur nature et les munissait d'une action de droit strict, aux lieu et place de leur ancienne action de bonne foi (1).

c). La *transcriptio a persona in personam;* elle avait également effet novatoire et s'appliquait à des obligations déjà existantes civilement; mais son but était de réaliser une délégation, d'opérer une substitution dans la personne du débiteur (2).

d). Enfin, l'*arcarium nomen* s'appliquant aux obligations nées du *mutuum* et du dépôt irrégulier. L'*inscriptio* à leur égard ne produisait, avons-nous dit, aucun effet *litteris*.

Il n'y avait au contraire qu'une seule espèce d'*acceptum;* l'*acceptilatio* s'appliquait à toutes les créances portées sur le codex (3), mais on ne distinguait point suivant qu'elle était le résultat d'un paiement réel, d'une compensation, d'une remise de dette (4); ses éléments essentiels restaient les mêmes.

Cela étant, on peut, avec l'aide des textes, reconstituer ainsi les diverses formules d'inscription.

---

(1) G. III, § 129. — A re in personam transcriptio fit, veluti si id quod tu ex emtionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. Ainsi la *transcriptio a re in personam* s'appliquait aux délits, aux quasi-délits, aux quasi-contrats, et parmi les contrats à l'*emtio venditio* (Cic., *de off.*, III, § 59, *Pro Caecina*, § 16, *ad fam.*, VII, 23, § 1), la *locatio conductio* (Gaius, III, § 129; Théophile, III, 21), la société (Gaius, III, § 129), la stipulation (Théophile, III, 21).

(2) Gaius, III, § 130. « A persona in personam transcriptio fit, veluti si id quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est si Titius te delegaverit mihi ». Voy. aussi l. 2, 35-7. Voir là-dessus une curieuse inscription d'Anticoli dans le *Bullet. dell'Inst.*, 1882, pp. 252 et suiv., rapportée dans Voigt, *Ueber die Bank.*, § 2, note 68. Cette délégation ne s'appliquait qu'aux obligations portées sur le codex, mais elle s'appliquait à toutes.

(3) Même à l'*arcarium nomen*.

(4) Pline, *Epist.*, II, 4, 2. Voy. Voigt, *Ueber die Bank.*, § 2, note 66; Ermann, *Geschichte d. röm. Quittungen und Solutionsakte*, Berlin, 1883, pp. 66 et suiv. Sur le mot *acceptilatio* lui-même, voy. l. 77, 50-17; Cyrille, *gloss.* 389, 52; Dosithée, *Disput. for.*, § 5.

1° *Expensilatio* proprement dite. Le créancier Aulus Agerius la portait sur sa *tabula accepti*, le débiteur Numerius Negidius sur sa *tabula expensi*. Le créancier mettait :

X af. Num. Negidio, C. f., promissa expensa Num. Negidio fero in (diem).

Le débiteur reportait :

X Aul. Agerio, T. f., promissa Aul. Agerio, refero in (diem).

2° Transcriptio a re in personam.

Le créancier portait par exemple pour une vente :

X af. Num. Negidio, C. f., ex emtionis causa debita expensa Num. Negidio fero in (diem).

Le debiteur :

X Aul. Agerio, T. f., emtionis causa debita expensa Aul. Agerio refero in (diem).

3° Transcriptio a persona in personam.

Le créancier délégataire, recevant pour nouveau débiteur Negidius, à la place de son ancien débiteur Titius, mettait :

X af. L. Titio, M. f., debita expensa Num. Negidio fero in (diem).

Le nouveau débiteur délégué :

X L. Titio, M. f., debita expensa Aul. Agerio, T. f., refero in (diem).

4° *Arcaria nomina*.

Du côté des créanciers l'inscription était ainsi conçue ;

X Num. Negidio, C. f., sub semiunciariis usuris utenda data (ou servanda data s'il s'agissait de dépôt irrégulier) expensa Aul. Agerio fero in (diem).

Du côté du débiteur :

X Mihi sub semiunciariis usuris utenda data (ou servanda data) expensa Aul-Agerio, T. f., refero in (diem).

Il est aisé d'apercevoir en ces formules un caractère elliptique; il se conçoit fort bien, étant donné qu'elles étaient d'un usage courant et ne laissaient, par suite, aucune incertitude

sur leur intelligence. On peut, d'une façon plus explicite, les compléter ainsi :

Fero expensum : ea quae Numerio expendi.

Refero expensum : ea quae Aulus mihi expendit.

Fero acceptum : ea quae Aulus a me accepit.

Refero acceptum : ea quae a Numerio accepi.

Ainsi :

Expensum fero, signifie : j'enregistre, comme paiement créant une obligation, fait au débiteur par moi créancier.

Expensum refero : j'enregistre, comme paiement créant une obligation, reçu par moi du créancier.

Acceptum fero : j'enregistre, comme paiement libératoire, fait par moi au créancier.

Acceptum refero : j'enregistre, comme paiement libératoire, fait à moi par le débiteur.

La *receptio argentarii* exigeant l'usage du codex et ayant provoqué l'admission du contrat *litteris*, renfermait des formules analogues. Elle donnait lieu à un *expensum ferre* du côté du créancier et à un *recipere* du côté de l'*argentarius* débiteur.

Ainsi le créancier mettait :

X af. Num. Negidio, C. f., pro L. Titio, M. f., promissa in seque recepta expensa Num. Negidio fero in (diem).

Et l'*argentarius :*

X pro L. Titio, M. f., Aul. Agerio, T. f., promitto in meque recipio in (diem).

Dans toutes ces opérations d'inscriptions, sauf celles de la *receptio*, par suite dans l'*expensilatio lato sensu* et l'*acceptilatio*, l'*expensum* et l'*acceptum ferre* étaient seuls exigés pour créer ou détruire l'obligation (1). L'*expensum* et l'*acceptum referre*

---

(1) Cic., *de off.*, III, § 14. Gaius, III, § 137. *Cum in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur.* Au contraire dans la *receptio*

avaient lieu dans la pratique, et pour la bonne tenue du codex, mais ils n'étaient point nécessaires; en un mot, et la chose est assez curieuse à noter, on exigeait seulement une mention de la part du principal intéressé, du créancier pour la formation de la créance et du débiteur pour son extinction. C'est justement là un des caractères originaux du contrat *litteris;* dans les autres contrats du vieux droit romain il en était autrement; les *verba solemnia* émanaient des deux côtés, comme dans la *stipulatio* et le *per aes et libram gerere*, ou bien de l'intéressé passif, comme dans la *dotis dictio* et le *vadimonium* (1).

Le contrat *litteris* donnait naissance à des actions nouvelles, sauf pour les *arcaria nomina*, qui conservaient leurs actions primitives. Ainsi :

L'*expensilatio* proprement dite et la *transcriptio* donnaient lieu à une *actio per condictionem* sous les actions de la loi. C'était celle de la loi Silia pour la *certa pecunia*, et celle de la loi Calpurnia pour les autres choses fongibles. Plus tard, après les lois Aebutia et Julia, sous le système formulaire, les actions correspondantes (2).

La *receptio* était munie d'une action spéciale, appelée *receptícia* (3).

---

argentarii la fonction obligeante était remplie par le *recipere* de l'*argentarius* débiteur. Voy. Voigt, *Ueber die Bank.*, § 3, p. 57, note 9.

L'affirmation portée au texte a été discutée sur la foi d'un passage de Théophile; mais l'opinion de Théophile, qui vivait longtemps après la disparition du contrat *litteris*, ne saurait aller contre des témoignages formels; elle rendrait notamment incompréhensible la question de savoir si les pérégrins pouvaient s'obliger *litteris*, eux qui n'avaient point de codex (Gaius, III, § 133).

(1) Voigt, *XII Tafeln*, t. I, pp. 138 et suiv.

(2) Cic., P. R. C., §§ 10, 13, 14; *ad fam.*, IX, 10, § 1; l. 1, 33-1.

(3) C. 2 pr., § 1, 4-18. — Instit., IV, 6, § 8. — Théoph., in h. l.; aux Basiliques, l. 31, § 2, 47-3.

Sur cette action, voyez : W. T. Kraut, *de argent. et numm.*, Götting,

Telle était l'institution, d'après la plus vraisemblable hypothèse, du contrat *litteris*. Ces notions générales nous suffisent pour apprécier l'argumentation de Fannius sur ce point.

Pour cela il nous faut d'abord constater :

1° Que Roscius avait promis 100,000 sesterces à Fannius et que celui-ci lui en réclamait la moitié *en vertu d'un simple pacte;*

2° Que Roscius n'avait point donné à Fannius le *jussus* de mentionner ce pacte sur son codex;

3° Que Fannius n'avait fait aucun *expensum latum* sur son codex.

Des trois éléments que requiert le contrat *litteris*, un seul se présentait dans l'espèce, l'existence d'une dette. Cette dette, Cicéron et Roscius ne semblent pas la nier. Ils la passent sous silence; tel était l'intérêt de la défense, mais ils ne contestent point que par un pacte Roscius ait promis 100,000 sesterces; ce pacte faisait en effet partie de la transaction proposée par Pison; et si Fannius avait exécuté de son côté cette transaction en faisant la promesse « *Quod a Flavio abstulero*, etc. », c'est qu'elle avait été acceptée par les deux adversaires à la fois; et Roscius se rendant, comme dit Cicéron, aux prières de l'arbitre, avait dû consentir à payer à son associé 100,000 sesterces pour frais de représentation judiciaire; il était du reste d'autant moins possible de nier cette reconnaissance de dette, que Roscius l'avait exécutée en partie en payant à son adversaire un à compte de 50,000 sesterces.

Mais les deux autres éléments manquaient : il n'y avait point

---

1826. — E. Guillard, *les banquiers athéniens et romains*, Paris 1875. — Zentner, *op. cit.*, § 2, note 76, pp. 32 et suiv. et p. 47. — Bruns, *Zeitschr.*, *für Rechtsg.*, 1861, I, pp. 83 et suiv. — Lenel, *Zeitschr. der Savigny-Stiftung*, 1881, II, pp. 62 et suiv. — J. Kappeyre van de Copello, *Abhandl. zum. röm. staats und Privatrecht*, Stuttg., 1885, pp. 272 et suiv.

eu de *jussus* de la part de Roscius; il n'y avait point eu d'inscription par Fannius sur son codex. Il était donc impossible qu'il y eût contrat *litteris*, si du moins cette institution était soumise aux règles que nous avons indiquées.

Cependant Fannius produisait certains faits que nous ne devons pas négliger; il alléguait :

1° Que l'obligation non inscrite sur les *tabulae accepti* de son codex, l'avait été sur ses *adversaria* (1);

2° Que cette obligation avait été inscrite sur le *codex accepti et expensi* de Saturius, son avocat, et sur celui de M. Perperna, l'assesseur de Pison (2).

---

(1) « Sed ego copia et facultate causae confisus vide quo progrediar. Si tabulas C. Fannius accepti et expensi profert suas in suam rem suo arbitratu scriptas, quo minus secundum illum judicetis, non recuso. Quis hoc frater fratri, quis parens filio tribuit, ut, quodcumque rettulisset, id ratum haberet ? Ratum habebit Roscius ; profer ; quod tibi fuerit persuasum, huic erit persuasum, quod tibi fuerit probatum, huic erit probatum. Quid ita non profers ? Non conficit tabulas ? Immo diligentissime. Non refert parva nomina in codices ? Immo omnes summas. Leve et tenue hoc nomen ? HS ccciɔɔɔ sunt. Quo modo tibi tanta pecunia extraordinaria jacet ? quo modo HS ccciɔɔɔ in codice accepti et expensi non sunt ? » P. R. C.. §§ 2, 3, 4.

(2) Paulo ante M. Perpernae, P. Saturi tabulas poscebamus, nunc tuas, C. Fanni Chaerea, solius flagitamus et, quo minus secundum eas lis detur, non recusamus (P. R. C., § 3).

L'usage d'inscrire ses propres créances sur des codices étrangers semble avoir été assez répandu à Rome. « Solent fere dicere, qui per tabulas hominis honesti pecuniam expensam tulerunt : egone talem virum corrumpere potui ut mea causa falsum in codicem referret... » (P. R. C., § 1). « Haec pactio, non verbis sed nominibus et perscriptionibus *multorum tabulis* quum facta esse diceretur... » (Cic., *ad Attic.*, IV, 10), « Utinam quidem persuadere possumus, ut pecunias creditas tantum a volentibus acciperent ! Utinam nulla stipulatio emtorem venditori obligaret ! Nec pacta conventaque expressis signis custodirentur ! Fides potius illa servaret et aequum volens animus ! Sed necessaria optimis praetulerunt et cogere fidem quam spectare malunt, adhibentur ab utraque testes ; ille per *tabulas plurium nomina interpositis parariis facit...* » (Senec., *de benef.*,

Cela nous amène à nous demander :

1° Quel était l'effet d'une inscription sur les *adversaria* ?

2° Quel était l'effet d'une inscription sur des *codices* autres que ceux du demandeur?

La seule inscription sur les *adversaria* n'était point suffisante pour former un contrat *litteris*. Cela ne peut faire de doute, en présence de la fonction spéciale du *codex accepti et expensi* qui était de réaliser le contrat *litteris;* son institution ne se comprendrait point, si le même rôle avait été joué par les *adversaria*. On ne s'expliquerait pas davantage que ceux-ci fussent à peine mentionnés dans les textes; leur importance eût été considérable et cependant il en est parlé seulement dans notre *oratio* et dans un passage de Cornelius Nepos. Ce silence exprime bien que si leur rôle était considérable dans la vie intime de la famille romaine, il était nul au point de vue juridique (1).

L'inscription sur les *codices* autres que ceux du créancier était également dénuée de tout effet pour former un contrat *litteris*. Les auteurs qui font allusion à ce contrat et parlent du codex, se réfèrent au codex du créancier.

Mais ces inscriptions servaient au besoin à prouver l'obligation qui servait de base au contrat *litteris*. Nous avons vu que l'inscription sur le codex ne produisait effet qu'à la condition de s'appuyer sur une obligation préexistante. Or, il est évident que la seule inscription de cette obligation sur le codex ne la prouvait pas péremptoirement; il eût été trop facile de cette

---

II, 15). « *Quidam nolunt nomina secum fieri nec interponi pararios nec signatores advocari nec chirographum dare*. Idem faciunt qui dant operam ut beneficium in ipsis collatum quam ignotissimum sit... » (Senec., *de benef.*, II, 23).

(1) Cependant, d'après Bethmann-Hollweg et Schmidt, Cicéron aurait agité la question de savoir si un contrat *litteris* peut se former par une inscription sur les *adversaria*. Schmidt y répond simplement par l'affirmative.

manière de se procurer un débiteur ; il fallait donc trouver encore en dehors de cette inscription d'autres modes de preuve ; ce pouvaient être des témoignages verbaux, des témoignages écrits ; parmi ces derniers se trouvaient les mentions sur les *codices* étrangers ou sur les *adversaria* du créancier.

La mention sur les *adversaria* du créancier ne devait point former une preuve bien convaincante ; on le comprend aisément, en songeant qu'elle eût pu devenir un abus, et que rien n'eût été plus facile que se procurer ainsi une preuve, pour des créances imaginaires. Cependant, on conçoit qu'elle ne devait pas être sans valeur, et qu'elle pouvait tout au moins établir des présomptions. Cicéron discute la force probante des mentions sur les *adversaria*, et à cette occasion, il établit une comparaison entre les *codices* et les *adversaria*. Après avoir examiné le *codex accepti et expensi* comme moyen de former une obligation *litteris* et avoir reconnu qu'il la formait, s'il y avait eu *jussus* du débiteur, il l'examine au point de vue de sa force probante ; son rôle probatoire lui paraît exagéré. *Suum codicem* TESTIS LOCO *recitare*, dit-il, *arrogantiae est*. Mais, ajoute-t-il, invoquer ses *adversaria*, c'est le comble de l'impudence ! (1) Ainsi, d'après lui, *on peut encore admettre à la rigueur que les* codices *soient produits en justice pour prouver une obligation* (2), le soin avec lequel ils sont rédigés doit leur attirer quelque confiance, mais il n'en saurait être de même des *adversaria ;* leur tenue est négligée ; ce sont de simples brouillons, un amas de notes quotidiennes ; il est impossible de leur accorder quelque crédit (3). Il ne faut pas

(1) P. R. C., § 5.

(2) Itaque adversaria in judicium protulit nemo, codicem protulit, tabulas recitavit. P. R. C., § 7.

(3) Quodsi eamdem vim, diligentiam auctoritatemque habent adversaria quam tabulae, quid attinet codicem instituere, conscribere, ordinem conservare, memoriae tradere litterarum vetustatem ? Sed si, quod adversariis

assurément prendre ici les affirmations de Cicéron comme l'expression exacte de la doctrine de son temps; son rôle d'avocat était de contester la valeur des preuves de son adversaire. On peut regarder comme précieux son aveu sur ce qui regarde la force probante du codex; et ce point est d'autant mieux établi qu'il résulte aussi d'un passage de Gaius. Gaius considère les mentions du codex appelées des *arcaria nomina* comme pouvant servir de preuve littérale et il fait sans aucun doute allusion à une mention sur le codex du créancier (1). Quant à la force probante des *adversaria*, Cicéron la nie, mais selon toute vraisemblance, elle leur était attribuée suivant les circonstances, suivant le crédit de celui qui les produisait. Les *adversaria* rentraient dans la classe des papiers domestiques et le juge était libre de leur accorder le crédit qu'à son avis ils méritaient.

L'inscription sur les *codices* étrangers devait, au contraire, avoir une force probante tout au moins égale à celle sur le codex du demandeur; à coup sûr elle devait être moins suspecte. Aussi, Cicéron consentait-il à reconnaître la créance de Fannius, si les *codices* de Saturius et de Pison en contenaient mention; il est probable que Fannius avait, vaguement et à la légère, fait allusion à cette mention, mais qu'elle n'existait

---

nihil credimus, idcirco codicem scribere instituimus, quod etiam apud omnis leve et infirmum est, id apud iudicem grave et sanctum esse ducetur? Quid est, quod neglegenter scribamus adversaria? quid est, quod diligenter conficiamus tabulas? qua de causa? Quia haec sunt menstrua, illae sunt aeternae; haec delentur statim, illae servantur sancte; haec parvi temporis memoriam, illae perpetuae existimationis fidem et religionem amplectuntur; haec sunt dissecta, illae sunt in ordinem confectae. P. R. C., §§ 6, 7.

(1) Gaius, III, § 131. On peut citer dans le même sens un passage d'Aulu-Gelle (XIV, 2, § 4), « sed qui petebat, *neque tabulis*, neque testibus id factum docebat », si l'on admet que par *tabulae* il faut entendre le *codex accepti et expensi*.

point. Si elle avait existé, Cicéron ne se serait point avancé jusqu'à demander la production de ces *codices* et à confesser la dette si elle y était constatée.

Tout cela peut paraître bien étrange, l'est en effet. La conduite de Cicéron est inexplicable; pour prouver qu'il n'y avait point eu de *certa pecunia*, il lui suffisait de démontrer l'absence d'une *stipulatio*, d'un *mutuum*, d'un contrat *litteris;* et du reste, dans la conclusion de la première partie de son discours, il réduit à ces trois termes son argumentation. Pour repousser l'existence d'un contrat *litteris*, il lui suffisait de faire constater l'absence de toute mention sur le codex de Fannius; les allégations de celui-ci, fondées sur ses *adversaria* et sur les *codices* de Saturius et de Pison, devaient le toucher fort peu; le résultat de ces allégations eût été d'établir que Roscius avait reconnu devoir 100,000 sesterces, à la suite de la transaction proposée par Pison, et cette reconnaissance constituait un simple pacte; elle n'engendrait point d'action par elle-même; Cicéron n'avait aucun intérêt juridique à la nier; il semble même, plus loin, dans le récit des faits, la reconnaître d'une façon implicite. On ne conçoit donc point qu'il se soit arrêté à discuter la force probante des *adversaria*. On ne peut expliquer cette partie de son plaidoyer qu'en se rappelant que Cicéron était plus orateur que jurisconsulte; qu'il ne faut point ici attendre de lui une théorie avec des principes bien déterminés. Selon toute apparence, Fannius basait sur le contrat *litteris* sa *condictio certae pecuniae;* pour établir le contrat *litteris*, il se fondait sur la mention portée sur ses *adversaria*. Cicéron, après avoir réfuté cette prétention d'établir un contrat *litteris* sur de simples brouillons, avait été entraîné à épuiser la matière, et avait voulu détruire tout le crédit des *adversaria*, en démontrant qu'ils n'étaient même pas susceptibles de fournir un moyen de preuve.

Quoi qu'il en soit, toute cette partie du discours, relative à la

force probante des *adversaria* et des *codices* étrangers, était, à notre avis, inutile à la défense de Roscius.

§ 2. *De la société alléguée par Fannius.*

La société *exigendorum nominum*. — Arguments de Saturius. — Roscius avait-il transigé pour lui et Fannius ? — Un associé peut-il se réserver le bénéfice exclusif d'une transaction sur une chose commune ? — Hypothèse sur l'issue du procès.

Fannius se fondait, en second lieu, sur la société qu'il avait formée avec Roscius.

Ici une première question se pose : De quelle société s'agit-il? de la société originaire formée dans le but d'exploiter le talent dramatique de Panurge, ou bien d'une société nouvelle et différente?

La plupart des interprètes ne se sont point posé la question, et ne l'ont même pas soupçonnée; ils ont affirmé qu'il s'agissait de la société originaire et, en cela, ils nous paraissent avoir été dans l'erreur.

Cette société, en effet, était dissoute; Cicéron l'affirme (1), et les principes romains le voulaient ainsi. Les sociétés, à Rome, se dissolvaient par la perte du fonds commun; ici, le fonds commun était Panurge, et Panurge avait été tué. Il est vrai que deux actions *legis Aquiliae* lui avaient survécu, mais ces deux actions n'étaient point communes, elles appartenaient *en propre* à chacun des anciens associés; par conséquent, ceux-ci recouvraient, à l'égard l'un de l'autre, leur complète liberté d'action; tout lien résultant de la société était brisé, et le seul rapport qui pût exister entre eux, était la communauté de débiteur. Tous deux avaient pour débiteur la même personne,

(1) Cur in re tam vetere, in negotio tam confecto, in *societate dissoluta* nova haec restipulatio interponitur? P. R. C., § 38.

Flavius. Fannius ne pouvait donc trouver, dans ses anciens rapports d'associé, un fondement à sa demande.

Mais n'y avait-il pas eu une société nouvelle, formée entre le meurtre de l'esclave et la transaction de Roscius avec Flavius? S'il en était ainsi, on concevrait que la transaction eût été faite par Roscius en qualité d'associé et que Fannius fût fondé à en réclamer sa part.

En dehors des faits que nous avons rapportés, il n'en est point sur lequel nous puissions asseoir l'existence d'une société nouvelle. Les fragments du plaidoyer de Cicéron n'en renferment nulle trace.

On dira, peut-être, qu'il en était parlé dans la partie qui a été perdue, mais cette supposition n'a aucune apparence de vérité. Si nous ne possédons pas le discours dans son intégrité première, du moins nous en possédons la majeure partie, celle qui est consacrée à la discussion; l'exorde et la péroraison sont seuls complètement perdus et l'on ne saurait gratuitement supposer que Cicéron ait réfuté en dernier lieu seulement, et, sans donner à sa réponse les proportions convenables, l'argument le plus pressant de son adversaire.

Dira-t-on qu'il se serait tu à dessein sur l'existence de cette société nouvelle? pas davantage, car le rôle d'un bon avocat n'est point d'éluder les difficultés, mais de les résoudre, non pas de négliger les objections, mais de les combattre; en un mot, suivant l'expression de Baron, il ne doit point se dérober, mais prendre le taureau par les cornes.

Si l'on cherche, après cela, sur quels faits postérieurs à la mort de Panurge et antérieurs à la transaction avec Flavius, Fannius pouvait se baser pour invoquer des obligations *ex societate*, on ne trouve que le mandat que lui donna Roscius de poursuivre Flavius. Roscius, on se le rappelle, l'avait nommé *cognitor*, de telle sorte qu'il se trouvait agir contre le meurtrier, à la fois en son nom et au nom de son ancien associé, dans un

intérêt commun. Fannius voyait dans ce mandat une société nouvelle, une société *exigendorum nominum*.

La société *exigendorum nominum* avait lieu lorsque plusieurs créanciers convenaient de mettre en commun le gain à retirer des poursuites contre un débiteur. Elle avait pour but de réaliser des créances; son effet consistait dans le partage du gain réalisé. Il ne faut point la confondre avec la société *habendorum nominum*, qui consiste uniquement dans la mise en commun de plusieurs créances, sans but plus éloigné.

On peut établir entre elles une différence analogue à celle qui existe entre la société *vendendae quadrigae* et *habendae quadrigae* (1); les sociétés *exigendorum nominum* et *vendendae quadrigae*, ont pour but unique le partage d'un bénéfice; les sociétés *habendorum nominum* et *habendae quadrigae*, la mise en commun soit des créances, soit des chevaux; seulement, tandis que la société *habendae quadrigae* est possible, la société *habendorum nominum* ne l'est pas; elle consisterait dans la mise en indivision de plusieurs créances ou actions, et la loi des XII Tables proscrit un pareil résultat; en vertu d'une de ses dispositions les créances se divisent de plein droit.

Au contraire, la société *exigendorum nominum* est permise par les principes romains; son but est de partager les bénéfices résultant de la réalisation de ces créances, mais ces créances ne sont point mises en commun, elles continuent

---

(1) Quum tres equos haberes et ego unum, societatem coimus ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes. Si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait societatem manere : nec ex pretio equorum tuorum partem deberi : non enim habendae quadrigae sed vendendae coitam societatem. Ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus (l. 58 pr., 17-2).

d'appartenir en propre à chacun des associés; il peut en disposer à son gré; seulement il est tenu des obligations d'un associé; les transactions qu'il pourra faire ne devront pas être frauduleuses, et il en devra partager le bénéfice. Il sera tenu de la *culpa levis in concreto*.

Fannius avait-il raison de voir une pareille société dans le mandat judiciaire dont l'avait chargé Roscius? Nous le croyons; un pareil mandat, il est vrai, n'est en lui-même qu'un mandat *agendi*, mais, s'il est donné à un cointéressé dans une affaire commune, il se rapproche singulièrement de la société. Il s'en distingue encore, car le rapprochement des deux intérêts n'est que de fait; les deux intérêts sont rapprochés et non confondus; il y a fusion de deux instances, voilà tout. Mais pour qu'une véritable société apparaisse, il faut bien peu de chose; il suffit que les parties aient convenu que les résultats de l'instance seraient communs. Dès lors il n'y a plus mandat, il y a une société *exigendorum nominum*. Or, il est très vraisemblable qu'une pareille convention avait été formée entre Roscius et Fannius. Baron la nie, mais Cicéron nous paraît bien affirmatif; il appelle les deux adversaires *socii*, parle de leurs *partes*, discute la question de savoir si une dette a pu naître de la société, sans jamais mettre en doute l'existence de ce contrat. Cependant, pour réfuter l'argumentation de Saturius, il n'avait qu'à déclarer : « Jamais une pareille convention n'a été faite par Roscius, jamais on n'a convenu que les résultats du procès contre Fannius seraient communs ».

L'existence de cette société ainsi établie, quels étaient les arguments qu'y puisait Saturius et les réponses qu'y faisait Cicéron?

Saturius présenta deux arguments.

I. Tout d'abord, dit-il, Roscius a transigé en qualité d'associé; donc, *sur l'ensemble de l'affaire*, en son nom et au nom

de Fannius; il doit partager avec lui ce qu'il a reçu de Flavius (1).

Il était aisé de répondre à cette affirmation, et Cicéron y répond en effet d'une manière, à notre, avis péremptoire. Sa réfutation est triple.

a). Si Roscius, dit-il, avait transigé pour toute l'affaire, Flavius aurait entendu se libérer vis-à-vis de ses deux adversaires, et il aurait exigé la *cautio neminem amplius petiturum* de Roscius, afin d'être à l'abri d'une nouvelle attaque de la part de Fannius; sans cette précaution, en effet, comme Fannius, n'ayant point pris Roscius pour cognitor, conservait le droit de le poursuivre, il eût couru le risque de payer deux fois. Telle eût été la conduite de Flavius s'il avait entendu transiger pour le tout; or il n'a point demandé de *cautio neminem amplius petiturum;* il a donc entendu transiger seulement pour la part de Roscius.

b). Fannius lui-même avait reconnu que la transaction ne

---

(1) Vertit hic (Saturius) rationem, et id quod probare non potest, fingere conatur. De tota re, inquit, decidisti. Ergo haec universa causa deducitur, utrum Roscius cum Flavio de sua parte an de tota societate fecerit pactionem. Nam ego Roscium si quid communi nomine tetigit, confiteor praestare debere societate. P. R. C., §§ 34 et 35.

(2) Societatis, non suas lites redemit, cum fundum a Flavio accepit. Quid ita satis non dedit amplius (ac se) neminem petiturum? Qui de sua parte decidit, reliquis integram relinquit actionem, qui pro sociis transigit, satis dat neminem eorum postea petiturum. Quid ita Flavio sibi cavere non venit in mentem? Nesciebat videlicet Panurgum fuisse in societate. Sciebat. Nesciebat Fannium Roscium esse socium. Praeclare; nam iste cum eo litem contestatam habebat. Cur igitur decidit et non restipulatur neminem amplius petiturum? Cur de fundo decidit et judicio non absolvitur? Cur tam imperite facit, ut nec Roscium nec stipulatione alliget, neque a Fannio judicio se absolvat? Est hoc primum et ex consuetudine, cautionis firmissimum et gravissimum argumentum, quod ego pluribus verbis amplecterer, si non alia certiora et clariora testimonia in causa haberem. P. R. C., §§ 35, 36, 37.

portait pas sur sa part. Il avait, en effet, accepté la transaction proposée par Pison et promis de partager avec Roscius ce qu'il obtiendrait plus tard de Flavius. Il était donc bien dans sa pensée, en ce moment, que son action contre le meurtrier de Panurge restait entière et qu'elle n'avait point été éteinte par la transaction de Roscius avec Flavius (1).

c). Enfin les faits eux-mêmes réfutent l'allégation de Saturius. Fannius a continué de poursuivre Flavius, l'a fait condamner et a reçu de lui 100,000 sesterces. Si donc son action a abouti, c'est que Flavius, par l'effet de la transaction, ne s'était libéré que vis-à-vis de Roscius et pour la part de celui-ci.

La réponse était péremptoire; les adversaires s'efforcèrent de l'écarter en niant la réalité du paiement. Cela, du reste, importait assez peu ; l'important était que Flavius eût été reconnu débiteur de Fannius ; pour l'établir, Cicéron pro-

---

(1) Et ne forte me hoc frustra pollicitum esse praedices, te, te, inquam, Fanni, ab tuis subselliis contra te testem suscitabo. Criminatio tua quae est? Roscium cum Flavio pro societate decidisse. Quo tempore? Abhinc annis XV. Defensio mea quae est? Roscium pro sua parte cum Flavio transegisse. Repromittis tu abhinc triennium Roscio. Quid? recita istam restipulationem clarius. Attende, quaeso, Piso; Fannium invitum et huc atque illuc tergiversantem testimonium contra se dicere cogo. Quid enim restipulatio clamat? *Quod a Flavio abstulero, partem dimidiam inde Roscio me soluturum spondeo.* Tua vox est, Fanni. Quid tu auferre potes a Flavio, si Flavius nihil debet? quid hic porro nunc restipulatur, quod jam pridem ipse exegit? quid vero Flavius tibi daturus est, qui Roscio omne, quod debuit, dissolvit?..... Satisne ipsa restipulatio dicere tibi videtur aperte Roscium pro se decidisse? At enim forsitan hoc tibi veniat in mentem, repromisisse Fannium Roscio, si quid a Flavio exegisset, eius partem dimidiam, sed omnino exegisse nihil. Quid tum? Non exitum exactionis, sed initium repromissionis spectare debes. Neque si ille in eo sequendum, non, quod in se fuit, indicavit Roscium suas, non societatis lites redemisse. Quid si tandem planum facio post decisionem veterem Rosci, post repromissionem recentem hanc Fanni H S CCCIↃↃↃ Fannium a Q. Flavio Panurgi nomine abstulisse? tamen diutius illudere viri optimi existimationi, Q. Rosci, audebit? P. R. C., §§ 37, 38, 39.

duisit des témoignages irrécusables, les dépositions de deux sénateurs, T. Manilius et Luscius Ocréa. Ils rapportèrent le témoignage formel du juge Cluvius et attestèrent que Flavius avait été condamné à 50,000 sesterces envers Fannius. La déposition de Manilius et de Luscius Ocréa émanait d'hommes trop respectés pour être mise en doute, et, quant à accuser de mensonge Cluvius lui-même, Fannius ne le pouvait, puisqu'il l'avait choisi entre tous pour un juge à l'abri du soupçon (1).

II. Mais battu sur ce point, Saturius présentait un second argument qui n'était point dépourvu de force :

Je veux bien, disait-il, que Roscius ait transigé pour sa part seulement; mais il était l'associé de Fannius, avait convenu que les gains seraient partagés; il doit, par suite, lui communiquer la moitié du montant de la transaction.

A cela Cicéron faisait une double réponse.

a). L'allégation de Saturius, disait-il, est fausse en droit : ce qu'un associé touche pour sa part lui appartient sans avoir à le partager; c'est justement parce qu'il n'a pas à partager qu'il a le droit de revendiquer en son propre nom. Il en est des associés comme des cohéritiers. L'héritier réclame pour lui seul et non pour les autres; de même l'associé réclame en son nom et jamais pour ses associés. De même encore les héritiers et associés paient, font des abandonnements, à leur seule charge. Roscius avait le droit d'abandonner sa part et de recevoir un équivalent en son nom propre sans en rendre compte à Fannius (2).

---

(1) P. R. C., §§ 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49.

(2) « Simillima enim et maxime gemina societas hereditatis est; quem ad modum socius in societate habet partem, sic heres in hereditate habet partem. Ut heres sibi soli, non coheredibus petit, sic socius sibi soli, non sociis petit; et quem ad modum uterque pro sua parte petit, sic pro sua parte dissolvit, heres ex ea parte, qua hereditatem adiit, socius ex ea, qua societatem coiit. Quem ad modum suam partem Roscius suo nomine con-

Cicéron ajoute que, s'il en était autrement, la conduite de Roscius serait inexplicable. Il a, sur le conseil de jurisconsultes habiles, fait promettre à Fannius la moitié de ce qu'il obtiendrait de Flavius. Ces jurisconsultes avaient jugé cette promesse nécessaire, mais elle ne l'eût pas été si, déjà, d'après la seule force des principes et en sa qualité d'associé, Fannius eût été tenu de réaliser ce partage (1).

Les deux assertions de Cicéron, dit Bethmann-Hollweg, sont également fausses.

La société se sépare précisément de l'indivision entre cohéritiers, en ce que ceux-ci sont étrangers l'un à l'autre et ne sont tenus, vis-à-vis les uns des autres, qu'à un partage strict des biens de la succession, dans la mesure de leur part héréditaire. L'associé, au contraire, à raison du caractère de bonne foi du contrat de société, doit agir dans l'intérêt de son associé, et ne peut, par son fait, lui enlever aucun avantage rentrant dans l'intérêt commun. Pour cela on envisage, non point l'intention de l'associé en réalisant cet avantage, mais les conventions sociales (2). Ainsi dans la société *omnium bonorum* tout devra être partagé (3), dans la société *questus* tout ce qui aura été acquis par l'effort commun des associés (4), dans la

---

donare potuit Flavio, ut eam tu non peteres, sic, cum exegit suam partem et tibi integram petitionem reliquit, tecum partiri non debet, nisi forte tu perverso more, quod huius est, ab alio extorquere non potes, huic eripere potes » P. R. C., §§ 55 et 56.

(1) « Perstat in sententia Saturius, quodcumque sibi peteat socius, id societatis fieri. Quod si ita est, qua, malum, stultitia fuit Roscius, qui ex iuris peritorum consilio et auctoritate restipularetur a Fannio diligenter, ut, quod is exegisset a Flavio, dimidiam partem sibi dissolveret, siquidem sine cautione et repromissione nihilo minus id Fannius societati, hoc est Roscio, debebat? » P. R. C., § 56.

(2) Gaius, III, § 151, l. 65, §§ 3 et 4, 17-2.

(3) L. 1, 3, §§ 1 et 73, 17-2.

(4) L. 7, 12, 71, § 1, 17-2.

société des *argentarii*, ce qui a été acquis *ex causa argentaria* (1), et dans celle *unius negotii*, tout ce qui a trait à ce *negotium* (2). C'est à défaut de ce criterium que l'on prend en considération, pour voir s'il y a lieu à partage, l'intention de l'associé, et que l'on se demande s'il a agi *nomine societatis* (3).

Quant à la *repromissio* faite par Fannius elle se conçoit fort bien ; elle n'était point indispensable, mais elle était utile ; elle équivalait à une reconnaissance formelle, donnait naissance à une action de droit strict. Roscius avait avantage à s'assurer de son droit par l'effet d'une *cautio* et de ne se point contenter des seules garanties offertes par les principes de la société (4).

III. A côté de ces raisons juridiques, Saturius devait faire valoir des considérations diverses pour gagner la faveur du juge.

Il devait tout d'abord faire remarquer qu'en réalité l'acte de société avait été funeste aux intérêts de Fannius ; Fannius avait pour ainsi dire réalisé tout le fonds de l'association en donnant Panurge ; quant à Roscius qu'avait-il apporté ? Rien ou à peu près ; il devait, à la vérité, former l'esclave, mais le décès prématuré de celui-ci ne lui avait point donné le temps de contribuer pour une part raisonnable à l'établissement de la société. Panurge mort, le véritable lésé était Fannius ; Roscius avait perdu son temps ; Fannius un esclave d'un grand prix.

Il devait ajouter également que la conduite de Fannius avait été loyale, irréprochable, digne de la faveur du juge ; il s'était dépensé en efforts pour le compte de son associé, avait assumé sur lui tous les ennuis d'une poursuite en justice ; Roscius au contraire n'avait point hésité à manquer à tous les devoirs

---

(1) L. 52, § 5, 17-2.
(2) L. 52, § 6, 17-2.
(3) L. 67, § 1, 17-2.
(4) L. 38 pr., 17-2.

d'un associé ; il l'avait trompé, en transigeant à son insu avec Flavius.

Cicéron, de son côté, ne négligea rien pour attirer sur son client la sympathie de Pison.

Il traça d'abord le portrait des deux adversaires. L'un — c'est Fannius — n'est que vice, impureté, infamie; le type vivant de ce Ballion, personnage de théâtre vil et méprisable que Roscius joue avec tant de talent sur la scène. L'autre au au contraire — c'est Roscius — est aimé et admiré, estimé et applaudi par tous ; son honorabilité est à la hauteur de son talent et de sa gloire (1). Son désintéressement est connu : l'an passé il a refusé de gagner 300,000 sesterces. Comment donc pour une si misérable somme de 50,000 sesterces, se serait-il laissé aller à tromper un associé (2) ; et comment

---

(1) Verum tamen quem fraudaverit videamus. C. Fannium Chaeream Roscius fraudavit ! Oro atque obsecro vos, qui nostis, vitam inter se utriusque conferte, qui non nostis, faciem utriusque considerate. Nonne ipsum caput et supercilia illa penitus abrasa olere malitiam et clamitare calliditatem videntur ? Non ab imis unguibus usque ad verticem summum si quam conjecturam affert hominibus tacita corporis figura, ex fraude fallaciis, mendaciis, cantare totus videtur ? Quid idcirco capite et superciliis semper est rasis, ne ullum pilum viri boni habere dicatur ; cujus personam praeclare Roscius in scaena tractare consuevit, neque tamen pro beneficio ei par grata refertur. Nam Ballionem illum improbissimum et perjurissimum lenonem cum agit, agit Chaeream ; persona illa lutulenta, impura, invisa in hujus moribus, natura vitaque est expressa. Qui quam ob rem Roscium similem sui in fraude et malitia existimarit, mirum mihi videtur, nisi forte quod praeclare hunc imitari se in persona lenonis animadvertit. Quam ob rem etiam atque etiam considera, C. Piso, quis quem fraudasse dicatur. Roscius Fannium ! Quid est hoc ? probus improbum, pudens impudentem, perjuram castus, callidum imperitus, liberalis avidum ? Incredibile est. P. R. C., §§ 20 21.

(2) H S IↃↃↃ Q. Roscium fraudavit Fannium. Qua de causa ? .....Egebat ? Immo locuples erat ! Debebat ? Immo in suis nummis versabatur. Avarus erat ? Immo etiam antequam locuples semper liberalissimus munificentissimusque fuit. Pro deum hominumque fidem ! Qui HS CCCIↃↃↃ CCCIↃↃↃ

croire à une pareille accusation lorsqu'elle part d'un homme taré et s'attaque à un homme dont le passé défie la calomnie ? (1).

Saturius avait prétendu que dans la société Fannius avait apporté la plus grosse part : Mais c'est Roscius, déclare Cicéron qui contribuait le plus largement à la société ! L'esclave Panurge était de valeur médiocre ; tout son prix, il devait le tirer des leçons et des exemples de son maître. Le seul titre d'élève de Roscius promettait le succès (2).

---

cccIↃↃↃ quaestus facere noluit....., is per summam fraudem et malitiam et perfidiam HS IↃↃↃ appetiit ? — Et illa fuit pecunia immanis, haec parvula, illa honesta, haec sordida, illa jucunda, haec acerba, illa propria, haec in causa et in judicio collocata. Decem his annis proximis H S sexagiens honestissime consequi potuit ; noluit. P. R. C. §§ 22-23.

(1) Nonne, ut ignis in aquam conjectus continuo restinguitur et refrigeratur, sic refervens falsum crimen in purissimam et castissimam vitam collatum statim concidit et extinguitur. P. R. C., § 17.

(2) Panurgum tu, Saturi, proprium Fanni dicis fuisse. At ego totum Rosci fuisse contendo. Quid erat enim Fanni ? Corpus. Quid Rosci ? Disciplina. Facies non erat, ars erat pretiosa. Ex qua parte erat Fanni, non erat HS IIIIↃ, ex qua parte erat Rosci, amplius erat HS cccIↃↃↃ ; nemo enim illum ex trunco corporis spectabat, sed ex artificio comico aestimabat ; nam illa membra merere per se non amplius poterant duodecim aeris, disciplina, quae erat ab hoc tradita, locabat se non minus HS cccIↃↃↃ. O societatem captiosam et indignam, ubi alter, HS IIIIↃ, alter, cccIↃↃↃ quod sit, in societatem affert ! nisi idcirco moleste pateris, quod HS IIIIↃ tu ex arca proferebas, HS cccIↃↃↃ ex disciplina et artificio Roscius promebat. Quam enim spem et expectationem, quod studium et quem favorem secum in scaenam attulit Panurgus, quod Rosci fuit discipulus ! Qui diligebant hunc, illi favebant, qui admirabantur hunc, illum probabant, qui denique hujus nomen audierant, illum eruditum et perfectum existimabant. Sic est vulgus ; ex veritate pauca, ex opinione multa aestimat. Quid sciret ille, perpauci animadvertebant, ubi didicisset, omnes quaerebant ; nihil ab hoc pravum et perversum produci posse arbitrabantur. Si veniret ab Statilio, tametsi artificio Roscium superaret, adspicere nemo posset ; nemo enim, sicut ex improbo patre probum filium nasci, sic a pessimo histrione bonum comoedum fieri posse existimaret. Quia veniebat a Roscio, plus etiam scire, quam sciebat, videbatur.

Enfin, ajoutait-il, la mauvaise foi de l'adversaire est évidente Il a déjà attaqué follement Roscius devant Pison, puis s'est ravisé, est allé chez lui, s'excusant de la témérité de son agression, proclamant son innocence ; l'acquittement de Roscius a été public. Maintenant il l'attaque de nouveau ; il l'attaque sous prétexte qu'il n'a pas rempli ses devoirs d'associé, et cependant ce n'est point par l'action *pro socio*, mais par la *condictio certi*. Pourquoi Fannius n'a-t-il point eu recours à l'action *pro socio ?* L'ignorait-il par hasard ? Mais elle est indiquée sur l'Album du préteur, sa formule est connue de tous ! Serait-ce par indulgence, afin d'écarter l'infamie qui résulterait d'une condamnation ? Mais pourquoi cette indulgence devient-elle si intéressée et stipule-t-elle, grâce à la *condictio certae pecuniae*, une peine accessoire ? Fannius enfin est bien téméraire de recourir à cette action redoutable où la moindre exagération dans la demande la fait tomber tout entière, alors que déjà il n'a même pas osé employer l'action *pro socio*, bien plus douce cependant, et a confié sa prétention à un simple arbitre conventionnel.

Tels furent, s'il est permis d'être affirmatif sur une matière aussi confuse et si peu éclairée par les fragments qui nous sont parvenus, les arguments de l'attaque et de la défense. Ce ne

---

Quod item nuper in Erote comoedo usu venit ; qui posteaquam e scaena non modo sibilis, sed etiam convicio explodebatur, sicut in aram confugit in huius domum, disciplinam, patrocinium, nomen itaque perbrevi tempore, qui ne in novissimis quidem erat histrionibus, ad primos pervenit comoedos. Quae res extulit eum ? Una commendatio huius ; qui tamen Panurgum illum, non solum ut Rosci discipulus fuisse diceretur, domum recepit, sed etiam summo cum labore, stomacho miseriaque erudiit. Nam quo quisque est sollertior et ingeniosior, hoc docet iracundius et laboriosius ; quod enim ipse celeriter arripuit, id cum tarde percipi videt, discruciatur. Paulo longius oratio mea provecta est hac de causa, ut condicionem societatis diligenter cognosceretis. P. R. C., §§ 28, 29, 30.

sera point encore sortir du domaine de l'hypothèse que nous demander quelle fut l'issue du procès, si Fannius obtint gain de cause ou si Cicéron parvint à faire absoudre son client. Comme le fait remarquer Hanedoes, la plupart des interprètes ont gardé le silence sur cette question, qui est cependant la conclusion naturelle d'une étude sur le Pro Roscio. Aucun passage des auteurs anciens, pas un mot de Cicéron lui-même qui cependant aimait à évoquer des souvenirs, surtout des souvenirs de jeunesse, soit dans ses dialogues philosophiques, soit dans sa correspondance, ne font allusion aux résultats de sa plaidoirie. C'est encore sur les seuls fragments du Pro Roscio qu'il faut asseoir des conjectures; encore faut-il tenir les assertions de l'orateur pour vraies, et le juge pour intègre et impartial.

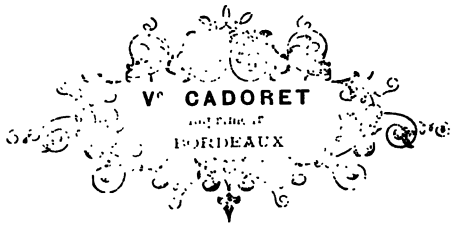
D'après Bethmann-Hollweg, Roscius aurait été renvoyé des fins de la poursuite. Il est évident que, d'après la stricte équité, il en devait être ainsi. Fannius avait retiré de l'affaire 150,000 sesterces : 100,000 du côté de Flavius, 50,000 du côté de Roscius; celui-ci en gardait 50,000. Si quelqu'un avait à se plaindre, c'était le comédien; sur sa part de 100,000 sesterces, il en abandonnait la moitié à son adversaire qui retirait des deux procès un gain triple du sien; cette somme lui était, il est vrai, abandonnée à titre d'indemnité pour ses peines et ennuis en poursuivant Flavius; mais nous l'avons vu, ou ce n'était là qu'une défaite apparente, ou c'était chèrement récompenser un mandat qui, en principe, doit être gratuit.

Le droit romain permettait-il de donner ici satisfaction à l'équité? Il nous le semble. La demande devait être rejetée, en tant qu'action de droit strict basée sur le contrat *litteris;* en tant que basée sur la société, elle avait un caractère de bonne foi et le juge devait s'inspirer de l'équité. Par suite, il devait repousser la prétention de Fannius en vertu des principes de la compensation, si celui-ci à son tour devait à Roscius 50,000

sesterces. C'est ce que Cicéron s'efforça de démontrer. Il s'attacha à prouver que Fannius ayant promis de partager ce qu'il obtiendrait de Flavius et en ayant tiré 100,000 sesterces, se trouvait à son tour débiteur de cette somme vis-à-vis de Roscius. Cicéron, dira-t-on, ne développe pas cet argument; mais il faut remarquer que la fin du plaidoyer nous fait défaut et que le développement de cet argument devait commencer justement à l'endroit où commence la lacune.

Si l'on ne veut pas appliquer à l'action de Fannius les principes de l'action *pro socio*, on doit encore conclure à l'acquittement de Roscius, dit Bethmann-Hollweg. On doit considérer en effet cette *condictio certi* comme se fondant sur un enrichissement injuste et elle devait aboutir à une absolution, si cet enrichissement n'existait pas. Or, Roscius ne s'était pas enrichi injustement. Flavius avait payé pour le meurtre de Panurge, 200,000 sesterces; chacun des associés avait droit à la moitié, soit 100,000 sesterces, et Roscius n'avait pas même obtenu cette somme, car il en avait abandonné une partie pour les frais du mandat judiciaire de Fannius, et n'avait gardé, en définitive, que 50,000 sesterces.

Ainsi l'on peut conjecturer que Pison et ses assesseurs se rendirent à ces considérations; Roscius fut renvoyé absous et Fannius fut condamné à lui payer à titre de peine pour son attaque mal fondée 16,000 sesterces environ, en vertu de la *sponsio tertiae partis*.



Vᵉ CADORET
Imprimeur
BORDEAUX

DUE SEP -6 '78

Lc 40.251.5
Etude sur le plaidoyer de Ciceron
Widener Library 005560919
3 2044 085 195 287